This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

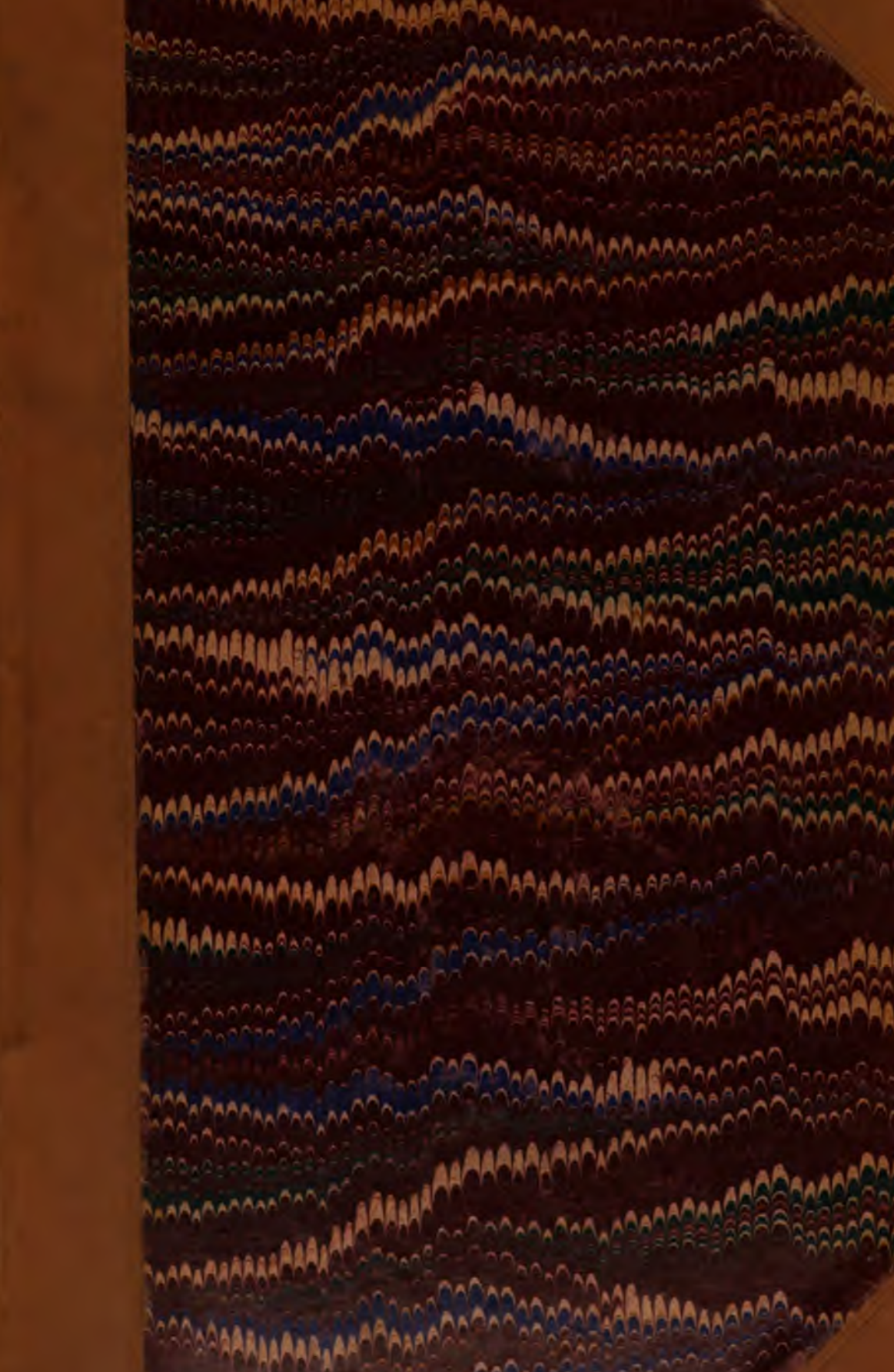
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

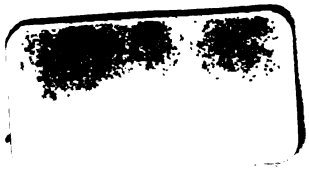
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`





LIBRARY
THE LELAND STANFORD JUNIOR UNIVERSITY

MONTREAL LAW REPORTS.

COURT OF QUEEN'S BENCH.

JAMES KIRBY, Editor.

CASES DETERMINED IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH, MONTREAL,

1889.

(With some cases of previous years.)

CONTRIBUTORS: *(Reports distinguished by initials.)* JAMES KIRBY, J. J. BEAUCHAMP, H. J. KAVANAGH, EUGENE LAFLEUR, M. GOLDSTEIN, N. T. RIELLE, A. B. MAJOR.

VOL. V.

Montreal:
PRINTED AND PUBLISHED BY THE GAZETTE PRINTING CO.
1889.

JUDGES

OF THE

COURT OF QUEEN'S BENCH.

1889.

THE HON. SIR ANTOINE AIMÉ DORION, KT., *Chief Justice.*

" ULRIC JOSEPH TESSIER,
" ALEXANDER CROSS,
" LOUIS FRANÇOIS GEORGES BABY,
" L. RUGGLES CHURCH,
" JOSEPH G. BOSSÉ.

} *Puisne Judges.*

Attorney General:

THE HON. A. TURCOTTE, Q.C.

Clerk of Appeals:

L. W. MARCHAND.

TABLE OF CASES REPORTED

IN VOL. V., Q. B.

Archambault & Poitras..... 167

Benning, Thibaudeau &..... 425
Bishop, Eastern Townships Bank &..... 216
Bourget, Milliken &..... 300

Canadian Express Co., Ouimet &..... 292
Carle & Parent..... 451
Cathedral, Montreal &..... 20
Chaplin, Ontario Bank & 407
Cherrier & Terihonkow 33
City of Montreal. *See* Montreal..... ....
Compagnie de Chemin de Fer Urbain & Wilscam..... 340
Compagnie d'Imprimerie et de Publication, Trudel *v*.... 510
Compagnie de Navigation R. & O. & Fortier..... 224
Compagnie de Prêt et Crédit Foncier, Dorion & Dorion &..... 247
Corbeil, Mainville &..... 90
Corporation of Sherbrooke & Dufort..... 266
Cossette, Dun *et al.* &..... 42

Daoust, Graham & 498
Davie & Sylvestre..... 143
Davis & Kerr..... 156
Dorion & Dorion, & Cie. de Prêt et Crédit Foncier..... 247
Dufort, Corporation of Sherbrooke &..... 266
Dun *et al.* & Cossette..... 42
Durand, Marchessault &..... 364

Eastern Townships Bank & Bishop..... 216
Evans & Lemieux..... 112

Fitzgerald, Plender &. 446
Fortier, Cie. de Navigation R. & O. &..... 224
Fraser, Watt &..... 307

Gemley, Low &..... 186
Gibson, Milette &..... 239
Graham & Daoust..... 498
Graham, Leduc *v*..... 511
Graham & McLeish..... 475
Greene & Mappin..... 108

Harris, National Assurance Co. &..... 345
Hood, Sangster &..... 384

Jacobs & Ransom..... 260

Kerr & Davis..... 156

Laskey, Lyons &..... 5
Leduc *v.* Graham..... 511
Lemieux, Evans &..... 112
Linsley, McCartney &..... 455
Low & Gemley..... 186
Lynch & Poitras..... 185
Lyons & Laskey..... 5

Macfarlane, Raphael &..... 273
McCartney & Linsley..... 455
McLeish, Graham &..... 475
McWillie, North Shore R. Co. &..... 122
Mainville & Corbeil..... 90
Mappin, Greene &..... 108
Marchessault & Durand..... 364
Milette & Gibson..... 239
Milliken & Bourget..... 300
Monbleau, Stefani &..... 23
Montreal & Rector and Churchwardens of Christ Church Cathedral..... 20
Montreal Street Railway Co. & Ritchie..... 77
Montreal Street Ry. Co. & Wilscam..... 340

National Assurance Co. of Ireland & Harris..... 345

Nicholson, Prowse &..... 151
North Shore R. Co. & McWillie..... 122

Ouimet & Canadian Express Co..... 292
Ontario Bank & Chaplin..... 407

Parent, Carle &..... 451
Pauzé & Senécal..... 461
Plender & Fitzgerald..... 446
Poitras, Archambault &..... 167
Poitras, Lynch &..... 185
Prowse & Nicholson..... 151

Ransom *et al.*, Jacobs & 260
Raphael & Macfarlane..... 273
Rector and Churchwardens of Christ Church Cathedral, City of Montreal &..... 20
Richelieu & Ontario, Cie. de Navigation & Fortier.... 224
Ritchie, Montreal Street Ry. Co. &..... 77
Ross *et vir*, Stearns &..... 1

Sangster & Hood..... 384
Senécal, Pauzé & 461
Senécal, St. Louis &..... 332
Sherbrooke (Corp. of) & Dufort..... 266
Stearns & Ross..... 1
Stefani & Monbleau..... 23
St. Louis & Senécal..... 332
Sylvestre, Davie &..... 143

Terihonkow, Cherrier &..... 33
Thibaudeau & Benning..... 425
Trudel *v.* La Cie. d'Imprimerie etc 510
Trudel & Viau..... 502
Viau, Trudel &..... 502
Watt & Fraser..... 307
Wilscam, Cie. de Chemin de Fer Urbain &..... 340

PRINCIPAL CASES CITED, 5 Q.B.

Name of Case.	Where Reported.	Page
Allen *v.* Woodward	1 Leg. News, 458	295
Bank of Montreal *v.* Simpson	10 L. C. R. 225	286
Beauchène *v.* Pacaud	15 L. C. R. 193	243
Bélanger & Papineau	6 L. C. R. 415	490
Benning *v.* Thibaudeau	M. L. R., 2 S.C. 338	416, 432
Bessette & La Banque du Peuple	15 L. C. J. 126	422
Black *v.* National Ins. Co	24 L. C. J. 65	358
Bradstreet & Carsley	M. L. R., 3 Q.B. 83	68
Breakey & Carter	13 Leg. News, 73; Cassels, 256,	271
Brunelle *v.* McGreevy	12 Q. L. R. 85	3
Canadian Pacific R. *v.* Cadieux	M. L. R., 3 Q.B. 315	6
Carsley *v.* Bradstreet	M. L. R., 2 S.C. 35	55
Charlebois & Forsyth	14 L. C. J. 135	154
Corporation of Quebec & Howe	13 Q. L. R. 315	271
Corporation of Sherbrooke & Short	M. L. R., 3 Q.B. 50	15
Dorion & Crowley	Cassels, 420	271
Drouin *v.* Hallé	7 Q. L. R. 146	223
Dunning & Girouard	9 R. L. 177	30
Dufaux & Roy	14 R. L. 511	130
Fogg *v.* Middlesex M. F. I. Co	10 Cush. 337	360
Fordyce & Kearns	15 L. C. J. 80	130
French & McGee	M. L. R., 2 Q. B. 59	198
Girard & Bradstreet	M. L. R., 3 Q.B. 69	48
Graham & McLeish	M. L. R., 5 Q.B. 475	509
Grand Trunk R. Co. *v.* Atwater	18 L. C. J. 53	295
Grand Trunk R. Co. & Meegan	M. L. R., 1 Q.B. 364..56, 129,	135
Grégoire *v.* Grégoire	M. L. R., 2 Q.B. 228; 13 Can. S. C. R. 319	328
Gugy & Ferguson	11 L. C. R. 409	491
Hanson *v.* Bush	15 Ell. & Black. 348	72
Harold & Corporation of Montreal	3 L. C. L. J. 88	214
Hart & Thérien	2 Leg. News, 202; 5 Q. L. R. 267	491
Labelle *v.* Labelle	15 L. C. J. 81	100
Lamontagne & Dufresne	13 Leg. News, 65	271
Lamothe & Bissonnette	14 R. L. 129	130
Lewis *v.* McGinley	6 Q. L. R. 61	243
Matthews *v.* London Str't Tramways Co.	11 Leg. News, 405	344
Molson & Lambe	11 Leg. News, 291	35
Montreal Cotton Co. & Corporation de la Ville de Salaberry	9 R. L. 551	30

Cases Cited.	Where Reported.	Page
Montréal & Les Ecclésiastiques du Séminaire de St-Sulpice	M. L. R., 4 Q.B. 1	22
Moreau *v.* Motz	7 L. C. R. 147	328
Newton, *Ex parte*	L. R., 16 Ch. Div. 330	440
Nickless & Brown	A.D. 1822.—Unreported	490
Noël & Chabot	8 L. C. R. 211	491
Ontario Bank & Chaplin	M. L. R., 5 Q.B. 407	437, 438
Pierce *v.* Butters	24 L. C. J. 167	328
Quebec Fire Insurance Co. & Molson	1 L. C. R. 222	135
Rémillard *v.* Duval	M. L. R., 5 Q.B. 399	399
Rochette & Louis	3 Q. L. R. 97	422
Rolland & Jodoin	2 L. C. L. J. 20	505
Samuel *v.* Houliston	M. L. R., 1 S.C. 505	243
Senécal & Pauzé	12 Leg. News, 330	474
Singleton & Cook	11 Leg. News, 401; 14 Q. L. R. 30	149
Speight *v.* Gaunt	L. R., 9 App. Cas. 17	192
Sweeney *v.* Bank of Montreal	12 Can. S. C. R. 661	286, 291
Trudel & Viau	M. L. R., 5 Q.B. 502	511
Valiquette *v.* Valiquette	M. L. R., 1 S.C. 129	100

TABLE OF STATUTES CITED, 5 Q.B.

Imperial Statutes.	PAGE
14 Geo. III. c. 83	69
B. N. A. Act, s. 91	139
Canada before Confederation.	
C. S. C. c. 85, s. 3	266
Dominion Statutes.	
37 Vic. c. 25	235
Insolvent Act, 1875, ss. 84, 85	429
45 Vic. ch. 23, (Winding up Act) s. 65	424, 441
46 Vic. c. 9, s. 27	122
Dominion Statutes.	PAGE
51 Vic. c. 29, s. 287	122
R. S. c. 43 (Indian Act)	33, 40
Statutes of Quebec.	
38 Vic. c. 7, s. 266	339
38 Vic. c. 73, s. 3	20
41 Vic. c. 14	77, 84
42–43 Vic. c. 26, s. 1	280
43–44 Vic. c. 24, s. 6	122
48 Vic. c. 36 (Pharmaceutical Act)	9, 18
R. S. Q. 425	332
R. S. Q. 4616, § 3	266

ARTICLES OF CODES CITED, 5 Q.B.

Civil Code. PAGE

Art. 169 ..... 95, 104
297 ..... 156, 163, 280, 286
298 156
343 110
374 396
376 392
407 131
412 389
413 395
415 388
416 395
417 389
430 395
431 395
480 251
689 386
770 380
806 ..... 364, 379
807 ..... 364, 369, 379, 380
808 ..... 364, 379
819 369
913 ..... 193, 199
918 373
994 165
995 165
996 165
1053 ..... 48, 68, 74
1054 ..... 6, 68
1055 ..... 112, 116
1086 375
1103 415
1107 ..... 415, 434
1108 434
1138 ..... 419, 443
1139 410
1188 504
1225 222
1238 14
1242 14
1265 380
1402 ..... 378, 380
1411 ..... 378, 380
1432 ..... 378, 380
1562 ..... 384, 404
1570 154
1571 ..... 152, 154
1633 389
1640 390

Civil Code. PAGE

1675 ..... 224, 293, 299
1676 299
1711 ..... 186, 193, 200
1727 74
1738 74
1819 374
1827 374
1831 148
1834 144
1898 386
1969 ..... 427, 443
1971 428
1974 ..... 428, 443
1975 ..... 461, 465
1980 444
1981 ..... 429, 444
2188 270
2243 ..... 310, 327
2250 268
2258 ..... 307, 327
2262 272
2263 270
2267 ..... 268, 270, 272
2569 359
2570 360
2571 360

Code of Civil Procedure, P.Q.

200 2
462 246
478 ..... 90, 455
479 246
610 443
751 444
919 386
1213 40

Code Napoléon.

131 106
553 388
1033 194
1203 434
1204 434
1234 419

CASES REPORTED IN VOLS. I—V, Q.B.

WHICH HAVE BEEN CARRIED FURTHER.

[Q. B. refers to Montreal Law Reports, Queen's Bench Series.]

Allen & Merchants Marine Ins. Co., 3 Q.B. 293; affirmed by Supreme Court, 15 Can. S.C.R. 488.

Banque d'Epargnes & Banque Jacques-Cartier, 2 Q. B. 64; reversed by Privy Council, 11 Leg. News, 66.

Barnard & Molson, 3 Q. B. 348; affirmed by Supreme Court, 15 Can. S. C. R. 716.

Black & Walker, 1 Q. B. 214; affirmed by Supreme Court.

Boyce & Phœnix Mutual Life Insurance Co., 2 Q. B. 323; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 723.

Brady & Stewart, 2 Q. B. 272; affirmed by Supreme Court, 15 Can. S. C. R. 82.

Brunet & L'Association Pharmaceutique, 2 Q. B. 362; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S. C. R. 738.

Cadwell & Shaw, 4 Q. B. 246; affirmed by Supreme Court, 12 Leg. News, 221.

Central Vermont Ry. Co. & Town of St. Johns, 4 Q. B. 466; reversed by Supreme Court, 14 Can. S. C. R. 288; jt. of Supreme Court affirmed by Privy Council, 12 Leg. News, 290.

Cité de Montréal & Les Ecclésiastiques du Séminaire de St. Sulpice, 4 Q. B. 1; reversed by Supreme Court, 12 Leg. News, 178; 16 Can. S. C. R. 410; leave to appeal to Privy Council refused, 12 Leg. News, 281.

Claude & Weir, 4 Q. B. 197; affirmed by Supreme Court, 12 Leg. News, 180.

Compagnie de Navigation de Longueuil & Cité de Montréal, 3 Q. B. 172; reversed by Supreme Court, 15 Can. S. C. R. 566.

Corporation du Comté d'Ottawa & La Compagnie du Chemin de Fer de Montréal, Ottawa & Occidental, 1 Q. B. 46; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S. C. R. 193.

Cross & Windsor Hotel Co., 2 Q. B. 8; affirmed by Supreme Court, 12 Can. S. C. R. 624.

Dansereau & Letourneux, 2 Q. B. 357; affirmed by Supreme Court, 12 Can. S. C. R. 307.

Dominion Abattoir Co. & Hedge, 1 Q. B. 376; affirmed by Supreme Court, 9 Leg. News, 410.

Dorion & Dorion, 1 Q. B. 483; affirmed in part by Supreme Court, 13 Can. S. C. R. 193.

Exchange Bank of Canada & La Banque du Peuple, 3 Q.B. 232; affirmed by Supreme Court, 10 Leg. News, 362.

Fairbanks & Barlow, 2 Q.B. 332; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C. R. 217.

Gilmour & Paradis, 3 Q. B. 449; affirmed by Privy Council, 12 Leg. News, 322.

Grégoire & Grégoire, 2 Q.B. 228; affirmed by Supreme Court, 13 Can. S.C. R. 319.

Heffernan & Walsh, 2 Q.B. 482; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 738.

Leger & Fournier, 3 Q.B. 124; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 314.

Lord & Davison, 1 Q.B. 445; affirmed by Supreme Court, 13 Can. S.C.R. 166.

Macfarlane & The Corporation of the Parish of St. Césaire, 2 Q.B. 160; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 738.

Mail Printing Co. & Laflamme, 84; reversed by Supreme Court, 12 Leg. News, 33.

McMillan & Hedge, 1 Q.B. 376; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C. R. 736.

Mitchell & Mitchell, 4 Q. B. 191; affirmed by Supreme Court, 12 Leg. News, 180.

Molson and Lambe, 2 Q.B. 281; affirmed by Supreme Court, 15 Can. S.C.R. 253.

Montreal Street Railway Co. & Ritchie, 5 Q. B. 77; affirmed by Supreme Court, 13 Leg. News, 34.

Morris & Connecticut & Passumpsic Rivers R.R. Co., 1 Q.B. 303; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 318.

North British & Mercantile Insurance Co. & Lambe, 1 Q.B. 122; affirmed by Privy Council, 10 Leg. News, 258.

Panné & Senécal, 5 Q. B. 461; affirmed by Privy Council, 12 Leg. News, 330.

Reg. & Exchange Bank of Canada, 1 Q.B. 302; reversed by Privy Council, 9 Leg. News, 130.

Robinson & Canadian Pacific Railway Co., 2 Q.B. 25; reversed by Supreme Court, 14 Can. S.C.R. 105.

Skelton & Evans, 3 Q.B. 325; affirmed by Supreme Court, 12 Leg. News, 220.

Stephens & Chanssé, 3 Q.B. 270; affirmed by Supreme Court, 15 Can. S. C.R. 379.

Stephens & Gillespie, 3 Q.B. 167; affirmed by Supreme Court, 14 Can. S C.R. 709.

Wadsworth & McCord, 2 Q.B. 128; reversed by Supreme Court, 12 Can S.C.R. 466; jt. of Supreme Court affirmed by Privy Council, 12 Leg. News, 314.

Wheeler & Black, 2 Q.B. 159; affirmed by Supreme Court, 10 Leg. News, 107.

Wylie & City of Montreal, 1 Q.B. 367; reversed by Supreme Court, 12 Can. S.C.R. 384.

REPORTS OF CASES

DECIDED IN THE

COURT OF QUEEN'S BENCH IN APPEAL,

MONTREAL.

February 26, 1889

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

ISAAC H. STEARNS ET AL.,

(*Defendants in Court below*),

APPELLANTS;

AND

DAME ALICE L. ROSS ET VIR,

(*Plaintiffs in Court below*),

RESPONDENTS.

Procedure—Firm of Attorneys ad litem—Death of one of the partners.

HELD:—Where a party to a suit is represented by a firm of attorneys, he continues to be legally represented by the remaining members, after the death or promotion to the bench of one of the firm.

This appeal was taken from an interlocutory judgment, rendered by the Superior Court at Montreal, on the 15th Oct., 1888, dismissing the motion made by the appellants for *péremption d'instance*, on the ground that the motion was signed by attorneys other than those who had appeared for the defendants, without there having been any

1889.
Stearns & Ross.

substitution, as required by Article 200 of the Code of Civil Procedure.

The motion in question was signed by *Carter & Goldstein, surviving members of the firm of* KERR, CARTER & GOLDSTEIN, attorneys for defendants, Stearns & Murray.

Goldstein, for appellants :—

The contention of the appellants is that when a party is represented by a firm of attorneys, he continues to be legally represented by the remaining members, after the death or promotion to the bench of one of the firm. The jurisprudence upon this point is clearly settled, and in one of the latest decisions : *Brunelle* v. *McGreevy*, 12 Q.L.R. 85, Mr. Justice Casault cites a number of decisions both of the Superior Court and of the Court of Queen's Bench, all upholding this pretension. In addition to the cases therein reported, the appellants would also cite the following decisions :—

De Beaujeu v. *Rodrigue*, 7 L.C.J. 43 ; *Terrill* v. *Haldane*, 15 L.C.J. 245 ; *La Bossière* v. *Ethier*, 2 R.L. 104.

As the learned Chief Justice of this Court remarked in granting the appellants leave to appeal : Were there a substitution produced it would have operated as a useful proceeding, and have interrupted the peremption.

Laflamme, Q.C., for respondents :—

The last proceeding in the case was an inscription by the respondents on the roll for Enquête and Merits, filed 25th June, 1885. The case was never inscribed, and the peremption, if any, did not flow from the respondents' acts, but from the fault of the prothonotary in not placing the case upon the roll. The authorities cited by the appellants are questionable and contradictory. The mandate to a firm of attorneys ceases upon the death of one of the members of that firm, and cannot subsequently be acted upon by the surviving members.—*Johnson* v. *Rimmer*, 13 L.C.J. 131.

CROSS, J. :—

The respondents, Dame Alice Ross *et vir*, brought the present action against the appellants, Isaac H. Stearns *et*

1889.

Stearns & Ross.

al., who appeared by their attorneys, Messrs. Kerr, Carter & Goldstein. Mr. Kerr, a member of the firm last named, died on the 12th February, 1888, leaving Messrs. Carter & Goldstein the only attorneys of record representing the respondents. On the 28th September last, more than three years having elapsed without a proceeding having been taken in the cause, their remaining attorneys, Messrs. Carter & Goldstein, procured the certificate of the prothonotary to that effect, and upon notice given to the appellants' attorneys moved, on the 4th October last, that the instance be declared *perimée* and the action dismissed. The Superior Court dismissed this motion on the ground that it had been signed by attorneys, other than those who had appeared for the defendants, now appellants, without there having been any substitution since Mr. Kerr's decease. The question thus raised is whether in case of a person being represented by several attorneys, his mandate to them ceases on the death or incapacity of one or more of them happening, there being still one or more of them surviving, or if the remaining attorney or attorneys continue to represent him for the proceedings in the cause. The question is not new, it has already arisen and been adjudged in a number of cases, enough to be considered as establishing a practice on the subject, a practice I conceive we are bound to follow. A party who thus names several persons as his attorneys gives them a joint and several power; he is bound by the acts of those who remain; they continue to represent him, he may as in any other case supersede their authority, but until he does so he is bound by the proceedings to which they are a party on his behalf. It was so held in the recent case of *Brunelle* v. *McGreevy*, 12 Q. L. R., p. 85, in which Mr. Justice Casault cited a series of decisions in the same sense. This system of acting in partnership before Courts is perhaps not known in England or France; it has been introduced and has been followed here for a number of years without objection, and the decisions mentioned have held that the attorneys so constituted are jointly and severally the attorneys of the party constitu-

1889.
Stearns & Ross.

ting them; that the remaining attorneys can act for such party, and the latter is bound by their acts, until the last of them disappears from the record by death or otherwise, or until a substitution or change of attorneys takes place.

The result is that this appeal must be allowed, the judgment of the Court below reversed, and the action dismissed. As this is a rigorous proceeding, and may have been a matter of surprise to the plaintiffs, the Court here is not inclined in this case to grant costs of the Superior Court, but the appellants were right in having the proper principle of law established, and are therefore, entitled to the costs in appeal.

The formal judgment of the Court is as follows:—

"Considering that the appellants were well and sufficiently represented by Messrs. Carter & Goldstein, in making the motion by them made on behalf of the defendants, Stearns & Murray, in the Superior Court, on the first of October, 1888, continued for hearing to the fourth of October, 1888, and dismissed by the judgment of the said Superior Court rendered on the 15th October, 1888;

"Considering that no proceedings had been had in the said cause, for more than three years prior to notice being given of said motion, to wit: since the 25th day of June, 1885, as appeared by the certificate of the Prothonotary produced with the said motion;

"Considering that the said motion should have been granted, and said action should have been declared *périmée* and dismissed;

"Considering that there is error in the said judgment so rendered in this cause on the 15th day of October, 1888;

"The Court, etc., doth declare the said action *périmée*, and doth dismiss the same without costs of the Superior Court, but with costs of this Court."

Judgment reversed.

Carter & Goldstein, for appellants.

Laflamme, Madore & Cross, for respondents.

(M. G.)

February 26, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH and BOSSÉ, JJ.. and DOHERTY, A. J.

JOHN T. LYONS,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

JAMES LASKEY,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Responsibility of chemist—Negligence—Hearsay evidence—Supplemental oath.

HELD:—(Confirming the decision of DAVIDSON, J., M.L.R., 4 S. C. 4.) 1. A chemist who leaves his shop in charge of an apprentice not qualified under the Quebec Pharmacy Act to mix prescriptions, is guilty of *faute*, and an explosion of chemicals occurring during his absence, the presumption is against him, and he will be liable in damages therefor unless he rebuts the presumption.

2. The apprentice having died since the institution of the action, and there being no other living witness of the fact, the statement made by him to his master, the defendant, in explanation of what had happened, is admissible as evidence, when coming from the lips of the defendant himself.

3. Where there is absolute proof of injuries resulting from a chemical explosion upon defendant's premises, and the only witness is dead, the supplementary oath may properly be administered to the plaintiff.

Appeal from judgment of DAVIDSON, J., reported M.L.R., 4 S. C. 4, awarding plaintiff $200 damages.

The facts sufficiently appear in the judgment of the Court and in the judgment appealed from.

Jan. 22, 1889.]

Lacoste, Q. C., for appellant:—

There is no legal evidence to support the judgment. The statement of Déchard, the clerk, to his employer, is

1889.
Lyons & Laskey.

merely hearsay, and no authority can be cited in our jurisprudence to justify its admission. Without this statement, there is nothing to show how the injury occurred, and the supplemental oath should not, therefore, have been administered. Moreover, plaintiff, at the time, declared that he had only himself to blame; and further, it is proved that he had had a similar preparation made before and knew its dangerous character.

Merlin, Rep. Vo. Preuve p. 683.
Sirey, 1878. 1. 328.
Marcadé, vol. 5, p. 243.
Pothier, obligations, Nos. 924-925.

A. B. Major, for respondent:—

The appellant left his shop in charge of an unqualified person. During his absence, respondent is injured by a chemical explosion in that shop. The burden of proof lies upon the appellant to explain and justify the occurrence, he being already in fault by so leaving his premises. He has made no endeavour to do this, and the judgment should therefore stand, irrespective of any disputed questions of evidence; nor is there any negligence on the part of plaintiff, such as disentitles him to recover.

Quebec Pharmaceutical Act, 48 Vic. c. 36, sec. 22. C.C. 1054.
Laurent, vol. 20, Nos. 487, 547, 552.
Marcadé, vol. 5, p. 283.
Wilscam v. *Montreal Street Railway Co.*, M. L. R., 4 S. C. 193, in Review.
Pollock on Torts (English ed.) pp. 64, 407.
C. P. R. v. *Cadieux*, M. L. R., 3 Q. B. 315.

The evidence was, however, all properly admitted. Hearsay statements coming from the only possible witness are admissible when his own absence is accounted for, as in the present case, by his sudden death. More especially is it admissible when coming from the mouth of the party who is sought to be prejudicially affected by the statement.

Desquiron, Preuve, p. 398.
Bonnier, 1, pp. 308 and 310.

Dickson on Evidence, (ed. 1887) Nos. 266 and 1615.

Sugden v. *St. Leonards*, 1 P. D. 154.

As to the administration of the supplemental oath, see *Danty, preuve par témoins*, p. 74, and the other authorities cited below.

See too, *Corporation of Sherbrooke & Short*, M. L. R., 3 Q. B. 50.

Feb. 26, 1889.]

CHURCH, J. (*diss.*) :—

I am unable to agree with the judgment of the majority of the Court in this case, and I will state the grounds of my dissent as shortly as possible.

The action is of a special character, brought by a carter named Laskey against Lyons, a druggist. The circumstances are these: Laskey went to the drug shop of Lyons and asked the clerk to make a certain mixture of iodine and nitric acid. The clerk was a certified apprentice under the Pharmaceutical Act. He declined to make the mixture, and said that his employer would return in a few minutes. Laskey pressed him to make it, and the apprentice finally yielded, and proceeded to make the mixture. He went behind the counter where Laskey followed him. An explosion took place, and both were injured. Laskey brings an action of damages against the druggist, and alleges that he applied to have a prescription made up; that the premises were in charge of Dechard, and that the injury was caused by the carelessness of Dechard; and he claims $1,000 damages. Nothing could be more clear than the libelling of the action. The plaintiff says, You have caused me a damage through the negligence of one of your clerks. The defendant meets him just as clearly. He says, It is not true that Dechard prepared for you any prescription. He denies that the plaintiff was wounded there. He denies all the specific allegations of the declaration. The law imposes on the plaintiff the proof of his case. How far has he made proof? He shows that only two persons were present—himself and Dechard. Dechard is dead; therefore, the plaintiff has

1889. Lyons & Laskey.

only indirect testimony. He is able to establish by the defendant that the latter was absent from his shop fifteen or twenty minutes; that on his return he found that plaintiff and the clerk were injured; that there was a smell of nitric acid; that he hurried them away to get medical aid. This is all the proof plaintiff is able to make. The defendant was asked as to statement made by Dechard after the accident. The judge in the Court below made an order that defendant should answer. I do not say anything as to the right to make the order; it was a matter of discretion. But as to the value of this testimony when obtained we must judge. Dechard repeats to his employer what took place before the accident. What he says is this:—

"Question—Did Mr. Dechard, at any subsequent date, "make any statement to you as to the circumstances "attending this explosion, and the cause of it?

"Answer—Yes.

"Question—Will you state what that statement was, "and when it was made?

"Answer—Do you mean the first time?

"Question—Yes, exactly.

"Answer—I guess it was that same day.

"Question—How long would it be after Mr. Laskey left "the shop, would it be the same morning?

"Answer—Yes, probably it was after he came back from "the hospital. He went there with Mr. Laskey.

"Question—It would naturally be the first thing dis- "cussed between you?

"Answer—Yes.

"Question—What did he tell you at that time?

"Answer—He told me after I went out in the morning, "that Mr. Laskey came in with a bottle, and he said: 'I "want to have this bottle prepared,' holding it up. He "said: 'I want to have the same thing in it as I got in "it before.' My clerk said: 'I do not know what it is.' "Mr. Laskey said: 'Where is the boss?' 'Well,' my "clerk said, 'He has gone out of the shop.' Then, Mr. "Laskey said: 'I am in a hurry, and cannot wait. You

" had better go ahead and put it up.' My clerk said he " could not, he did not know what went into it. Mr. " Laskey said: 'I will tell you; I cannot wait, and you " had better go to work and put it up. It is three parts " of nitric acid and one part of tincture of iodine.' My " clerk said that he did not want to put it up, and refused " to put it up, but Mr. Laskey protested, and he put it " up for him anyhow. He put in the tincture of iodine, " which is in the front shop, and went into the back " store to get the nitric acid, and he came back, and in " the meantime, Mr. Laskey went behind the counter, " and my clerk started to pour the acid into the bottle, " and the bottle overflowed or effervesced into both their " faces, and then he ran to the sink and let water in unto " his face and Mr. Laskey ran out into the street, and " then I sent them both to the hospital when I came in, " and Mr. Laskey there, in the presence of two doctors " and Mr. Bruce, admitted that it was not my clerk's fault. " Mr. Laskey admitted before the doctors that it was his " fault, not the young man's fault, therefore taking all " the blame off him; that is what he told me.

" Question—Is that all the statement he made?

" Answer—It is about all the statement he made."

This is the only evidence made in the case of the circumstances which occurred on that occasion. It is true that Laskey, when put into the box, tells a different story. That his statement is untrue is evident from the testimony of Dr. Campbell, to whom he went for the purpose of seeking relief. Dr. Campbell says he blamed himself and no one else. These are all the facts and circumstances which go to fix liability. The majority of the Court have come to the conclusion that the plaintiff is entitled to damages, and $200 are given. I shall not discuss the quantum of damages, but as to the question of legal responsibility, I must differ from my colleagues and enter my dissent. In the first place the plaintiff starts off with the allegation that he is getting a prescription made up. A prescription is a different thing from a mixture. The Act provides for three classes of persons: 1. Certified

1889. Lyons & Laskey.

apprentices; 2. Certified clerks; and 3. Licentiates of Pharmacy. One of these classes, the certified apprentice, is subject to disabilities—he cannot make up prescriptions unless he does so in the presence of other persons to direct him. But he may sell, and if he can sell everything that is in the shop, that is not scheduled, he may mix things ordinarily found in the shop, which are also not in the scheduled list. A prescription implies a written order from a person having some training. Where an untrained person comes in and asks for a mixture of certain substances (which are not scheduled), compliance constitutes merely an ordinary sale, and the clerk so complying could not be held to be dispensing a prescription. The plaintiff persuades this boy, Dechard, to mix this dangerous compound. After he has suffered from his temerity, he turns upon the boy's employer, whose orders have been disobeyed, and asks him to recoup him. When an individual, presumably not employed for the purpose—for which, moreover, he is not qualified, is over persuaded to do an act of this kind, I do not understand how his master can be held responsible for *faute*, and mulcted in damages.

BOSSÉ, J.:—

L'intimé allègue dans sa déclaration que le 11 juillet 1887, il s'est adressé à l'appelant, pharmacien licencié, tenant pharmacie à Montréal, coin des rues Craig et Bleury, et lui a demandé une certaine préparation médicinale; que la boutique était alors sous la charge du nommé Eugène Déchard, employé de l'appelant;

Que ce dernier a commencé à faire la préparation demandée, que le mélange a fait explosion, et que la bouteille le contenant et le mélange même a atteint l'intimé à la figure, lui a brûlé toute la figure et d'autres parties du corps; que cet accident est dû à l'incurie et l'inhabileté de Déchard; que la préparation demandée n'offrait aucun danger, si le mélange eût été fait avec soin; que Déchard n'était ni un licencié en pharmacie, ni un commis diplômé, ni un apprenti certifié en conformité de la loi de pharmacie de 1885, que le fait de l'employer aux

préparations médicinales constituait une illégalité et une négligence de la part de l'appelant. 1889. Lyons & Laskey.

Que par suite de cet accident, l'intimé a été arrêté pendant près de deux mois qui ont été deux mois de souffrances, qu'il a dû payer des médecins ; qu'il est défiguré pour la vie, et que sa vue est affectée pour toujours.

Il conclut à $1,000 de dommages.

L'appelant nie que l'intimé se soit adressé à lui pour avoir une préparation médicinale et ajoute : qu'il est faux que le nommé Déchard ait fait ce jour-là un mélange de remèdes pour l'intimé ;

Qu'il est faux que l'intimé ait été blessé par la faute et la négligence de Déchard en préparant une ordonnance ou prescription médicinale, et que l'intimé n'a pu être blessé que par sa propre faute et négligence.

L'appelant a été le premier témoin entendu de la part de l'intimé.

Il dit que le onze juillet, il est sorti un peu avant dix heures a. m. pour aller se faire raser. Déchard est resté au magasin ; à son retour, après un quart d'heure d'absence, il a remarqué une odeur d'acide nitrique ; il a trouvé l'intimé avec Déchard ; tous deux avaient la figure brûlée, et il y avait des taches de brulures sur leurs habits.

Questionné par l'appelant sur ce qui était arrivé, Déchard répondit, que la drogue les avait atteint à la figure.

L'appelant ne prit pas le temps d'en demander d'avantage, et les envoya à l'hôpital pour être pansés.

Cette preuve de la déclaration de Déchard a été faite sous objection de la part de la défense ; la validité de cette objection est une des questions soumises, mais la plus importante est celle de savoir, si l'intimé pouvait forcer l'appelant à raconter, comme témoin, le récit que Déchard lui avait fait, lors de son retour de l'hôpital dans le cours de la même journée, de la manière dont la chose était arrivée.

Déchard est mort avant l'institution de l'action. Personne que lui et Laskey ne pouvait dire ce qui était arrivé, et l'intimé soutient qu'il a droit de faire la preuve de la

1889. Lyons & Laskey.

déclaration de Déchard ; 1o. Parce que le principe qui exclut la preuve par oui-dire ne s'applique pas dans les circonstances de la cause ; 2o. Parce que la déclaration de Déchard forme partie du *res gestæ*, et peut à ce titre être un élément de preuve.

De la solution de ces questions dépend toute la cause.

Nous avons bien d'ailleurs la preuve, que Déchard était un clerc ou apprenti droguiste à l'emploi de Lyons, et que Lyons l'avait laissé seul en charge du magasin pendant une absence de 15 à 20 minutes, et, qu'à son retour, il l'y avait trouvé avec Laskey, que tous deux avaient la figure brûlée, et des taches à leurs hardes ; qu'il y avait une odeur d'acide nitrique, et que les taches comme celles faites au mur étaient semblables à celles qu'auraient faites cet acide, mais sauf dans ce que Déchard a raconté à son maître, et une déclaration faite par Laskey à son médecin, qui ne peut être prise en sa faveur, et ses réponses sur le serment supplétoire que lui a déféré le juge, il n'y a rien au dossier pour indiquer comment les brûlures ont été causées.

La Cour inférieure a adopté la théorie de la demande, et permis la question par laquelle il était demandé à Lyons ce que Déchard lui avait raconté. C'est en substance, que Laskey serait entré au magasin et lui aurait demandé de lui remplir une bouteille qu'il avait, d'un mélange de trois parties d'acide nitrique et d'une partie de teinture diode, qu'en voulant mêler ces deux substances il y aurait eu ébullition violente et qu'une partie du liquide les aurait atteint tous deux, et causé les brûlures. Il a été ensuite prouvé que le mélange de ces deux substances, surtout dans ces proportions, est des plus dangereux, et que préparé comme Déchard l'a raconté, il devait avoir l'effet produit. Il est aussi établi que Laskey a souffert pendant longtemps, et qu'il n'a pu travailler pendant deux mois.

C'est sur cette preuve, que le juge a déféré le serment supplétoire à Laskey, et sur le récit de ce dernier, joint à celui de Déchard, il a trouvé négligence dont Lyons était responsable, et l'a condamné aux dommages.

L'appel de ce jugement met en question les objections à la preuve et la validité des jugements qui les ont renvoyé, de même que celle du jugement déférant le serment supplétoire.

Si l'admissibilité de la déclaration de Déchard devait être décidée d'après le droit anglais, il n'y aurait aucune hésitation à dire qu'elle ne pouvait être reçue. Sauf quelques exceptions peu nombreuses, et qui ne portent pas sur la présente cause, le oui-dire y est rigoureusement exclu, et ce principe y a depuis des siècles été considéré comme le principe fondamental de la preuve par témoins.

M. le juge Buller l'exprimait très bien lorsqu'il disait : " If the first speech were without oath, another oath that " there was such speech makes it no more than a mere " speaking, and so of no value in a Court of justice."

Taylor on Evidence, parag. 507 et suivants.

On ne pourrait davantage dans le droit anglais l'admettre comme formant partie du *res gestæ*, et par conséquent comme preuve des faits qui y sont relatés. Ces dires ne font preuve que de la connaissance ou de la croyance des faits par celui qui les raconte, et non de la vérité de ces faits eux-mêmes. Taylor, No. 523.

L'on doit pouvoir trouver ailleurs la preuve du fait, et dans l'espèce elle n'est pas au dossier.

Mais la question doit être décidée par le droit français, et non par le droit anglais, et sur ce point il ne parait guère avoir variante entre l'ancien droit et le nouveau.

Loisel disait : " oui-dire va par ville ; en un muid de ouidire il n'y a point de plein ; un seul œil a plus de crédit, que deux oreilles n'ont d'audivi." Guyot, Rep. Vo. preuve, p. 588, art. de Merlin. Merlin, Rep. Vo. preuve, p. 653.

Il y a cependant quelques cas où ces sortes de dépositions doivent être admises, et faire foi lorsqu'elles sont jointes à certains indices. Tels sont les crimes dont il est difficile d'avoir la preuve d'ailleurs, soit parce qu'ils sont cachés, ou parce qu'ils se sont passés depuis longtemps. Au reste, les dépositions fondées sur des oui-dire ne doivent être considérées dans les cas dont on vient de parler, que lorsqu'elles sont accompagnées de quatre conditions :

1889.
Lyons & Laskey.

1o. Que le témoin ait appris le fait de personnes qui étaient présentes ; 2o. qu'il nomme ces personnes ; 3o. Que ces personnes soient au nombre de deux et dignes de foi ; 4o. Que ces personnes elles-mêmes ne puissent être entendues.—*Ibidem.*

Le Code Napoléon ne contient pas plus que le nôtre de dispositions spéciales sur cette matière, et n'y a par conséquent rien changé; aussi Desquiron, qui écrivait en 1811, sept ans après sa mise en force, adopta cette doctrine comme ne souffrant pas difficulté, et il ajoute, p. 399 : " Dans une telle hypothèse la déposition par oui-dire ren- " ferme un caractère de crédit, qui ne permet pas au juge " de la rejeter, surtout lorsque le fait dont il s'agit est par " lui-même difficile à prouver."

Bonnier (vol. 1, p. 309), après avoir rapporté l'ancien droit, rappelle qu'en Ecosse l'on admettait la preuve par oui-dire, (1 Ph. law of evidence, 209) 1 Dickson, Evidence, 66-67 ; aussi Ecossais, montre les dangers de la preuve par oui-dire, mais l'admet lorsqu'elle est nécessitée par les circonstances.

C'est le principe qu'en toute matière on doit faire le meilleur genre de preuve possible, mais ce principe a toujours été subordonné aux nécessités des circonstances.

C'est ainsi que l'ordonnance (titre 20, article 3) fait suivre la défense de la preuve par témoins dans les matières excédant 100 livres, de la déclaration qu'elle n'entend pas exclure la preuve par témoins pour dépôt nécessaire en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus.

Et c'est encore ainsi, que les articles 1238 et 1242 de notre code, en reproduisant les dispositions de l'ancien droit et du Code Napoléon, reconnaissent les présomptions comme un élément de preuve, et en abandonnent l'appréciation à la discrétion et au jugement du tribunal.

Or nous trouvons au dossier que Lyons en revenant à son magasin avait été frappé par une odeur inaccoutumée d'acide nitrique, que Laskey et Déchard avaient la figure brûlée, que des taches d'acide couvraient leurs hardes et une partie des murs, que Laskey sortit de la boutique en

se tenant la figure avec ses mains et rencontra une de ses connaissances qui en le voyant, s'écria: mon Dieu, qu'y a-t-il donc, et que le constable Batallon qui passait à l'instant crut de son devoir de s'enquérir de ce qui lui paraissait un accident, afin d'en faire rapport.

Il est également prouvé que Déchard, le seul témoin de l'accident, a raconté à son maître comment tout cela était arrivé, qu'il est mort sans que sa déposition comme témoin ait pu être obtenue, et enfin qu'un accident résultant de l'emploi ou du maniment d'acide nitrique était arrivé.

Dans ces circonstances, je trouve, sauf qu'au lieu de deux témoins autrefois requis (il n'en est plus maintenant besoin que d'un seul), toutes les conditions requises par l'ancien droit pour l'admission de la preuve par oui-dire.

La mort du seul témoin qui a eu connaissance de ce qui s'est passé, et l'impossibilité de faire la preuve autrement. La respectabilité du témoin, ici c'est le défendeur lui-même, et il n'y a pas à craindre pour lui. Le fait que dans son récit son clerc a dû chercher à s'exonérer et sauver sa responsabilité.

L'on pourrait peut-être dire plus, et voir dans ces faits, une preuve par présomption, suffisante pour autoriser le juge à déférer le serment supplétoire.

A tout événement le juge présidant au procès, et s'efforçant de découvrir la vérité des dires de Déchard, a dû admettre la preuve ainsi faite et se croire autorisé à déférer le serment comme il l'a fait.

La cause citée de la *Corporation de Sherbrooke & Short*, M. L. R., 3 Q. B. 50, ne me parait pas applicable. Le demandeur en passant dans une rue sous le contrôle de la défenderesse s'était démis un pied, et il poursuivait la corporation en dommages en alléguant que l'accident avait été causé par le mauvais état de la rue. Il n'y avait aucun témoin de la manière dont la chose était arrivée et la Cour d'Appel a déclaré, que la preuve de ce fait ne pouvait être faite par le témoignage du demandeur.

Il n'y a pas d'analogie entre les deux causes.

Pour ces raisons, je suis d'opinion de confirmer le juge-

1889. Lyons & Laskey.

ment de la Cour Supérieure, et de déclarer que le juge devait admettre la déclaration du défendeur quant au récit que Déchard lui avait fait de l'accident.

CROSS, J. :—

The case is well stated by the Honorable Judge who rendered the judgment in the Superior Court. It is reported in the 4th volume of the Montreal Law Reports, S. C., page 4.

The respondent Laskey is a carter or cab driver. The appellant Lyons is a chemist and has a druggist shop, corner of Craig and Bleury streets. On the morning of the 11th July, 1887, Lyons left his shop in charge of an apprentice named Dechard, and on his return, about a quarter of an hour afterwards, found Dechard and Laskey both injured about the face and eyes, the former slightly and the latter seriously. He was some ten weeks before he could resume his occupation; one eye was permanently injured. It was evident from the condition of Laskey's clothing, more particularly his hat and coat, as also the walls and floor of the shop, that there had been an explosion on the premises. Lyons saw to both men being sent to the hospital to have their injuries cared for. Lyons remained at the shop and Dechard followed him there, having immediately returned from the hospital. He was questioned by Lyons as to how the explosion occurred. Lyons, examined as a witness for Laskey, reports the explanation given at the time by Dechard, which in substance was that Laskey had presented to Dechard a phial, asking to be supplied with a prescription similar to what he had got there on a previous occasion. Dechard at first refused to make up the prescription, saying that he did not know of what it was composed, to which Laskey replied that it was the same as he had got before; he knew it was three parts of nitric acid and one part of tincture of iodine. In this he appears to have made a mistake because it is proved that the former prescription was of equal parts of each. Dechard still refused, but Laskey pressing his application Dechard at last yielded,

and went into the back shop to procure one of the ingredients, returned with them to the front shop where Laskey was, having in the meantime gone behind the counter where he met Dechard who began to prepare the prescription by pouring the nitric acid into a phial containing the tincture of iodine; an explosion resulted which caused the injury complained of.

Dechard died after the institution of the action and before he could be examined as a witness,—not from any cause connected with the accident. As there was no person present when the accident occurred save Dechard and Laskey, the manner in which it transpired is only obtained from the evidence of Lyons, and his report of what Dechard stated to him on the occasion in answer to questions put to him by Lyons, who of course, is not likely to have given a colouring to it unfavorable to himself. This testimony is objected to as hearsay evidence. The case was treated in the Court below as if the proof was insufficient if this evidence was rejected. The presiding Judge, however, admitted it in the exercise of a discretion, allowing it to be completed by the supplementary oath of Laskey, and thereupon awarded Laskey $200 damages; from which judgment the present appeal has been brought.

Besides the supposed insufficiency of proof, the appellant relies upon the evidence being qualified by the circumstances going to shew that the accident was brought about by Laskey's own conduct in persisting in his demand to have the prescription made up by Dechard, notwithstanding the objections raised by him and Laskey's own admission as reported by Dr. Campbell, the attending physician in the hospital, to whom Laskey stated that he had no person to blame except himself or something to that effect.

It seems to me that certain controlling facts were apparent from the evidence of Lyons himself, viz., that an explosion had taken place in his (a druggist's) shop, that it must have proceeded from chemicals, thereby a presumption was raised that it proceeded from the manipulation

1889. Lyons & Laskey.

of materials under the control of a person in his service, therefore by the act of that person for whom he was responsible, requiring on his part a sufficient explanation to establish a valid excuse. I would not either be prepared to affirm that this evidence given by Lyons was objectionable as hearsay evidence ; it was the declaration of a person in the position of an agent of Lyons at the time of the happening of the accident, as it were *res gestæ*. But without absolutely ruling this point, I think the Judge exercised a permissible discretion in accepting the supplementary oath of the plaintiff.

The Quebec Pharmacy Act of 1885, 48 Vict., cap. 36, contains provisions especially designed for the protection of the public against the imprudent handling of drugs and poisons. Those employed in the trade are classified as 1st certified apprentices, 2nd certified clerks, and 3rd licentiates of pharmacy ; all have to undergo examinations before the council of the association previous to being admitted as authorised to prosecute or be employed in the business of pharmacy. The certified apprentice is admitted on passing a satisfactory examination as to education and moral character. The certified clerk must have been a certified apprentice having served for three years with a licentiate of pharmacy, and have passed an examination among other things as to the dispensing of prescriptions. The licentiate must have gone through the two grades above mentioned and have passed an examination requiring a very complete and extended knowledge of pharmacy.

Sect. 22 of the Act declares that it shall be unlawful for any person to permit any person in his employ to engage in the dispensing of prescriptions, unless such certified apprentice be under the immediate supervision of a licentiate of pharmacy or certified clerk during the time he is employed in the dispensing of prescriptions.

Dechard was not a licentiate of pharmacy nor a certified clerk, but only a certified apprentice, and had no authority to dispense prescriptions in the absence of a licentiate (which Lyons was) or of a certified clerk. He

should not therefore have attempted to prepare the prescription as he proceeded to do, in the absence of Lyons or other authorised licentiate or certified clerk. Lyons is responsible for the act of his subordinate. It is not sufficient excuse to say that it was at Laskey's own request and by his particular direction that the preparation of the prescription was attempted. Laskey must have been or is presumed to have been totally ignorant of the science of pharmacy, and therefore ignorant of the danger of mixing the ingredients of the prescription he asked for. It was Lyons' business to have a suitable person present in his shop with competent knowledge to prevent the danger and avoid the accident. It is not enough to shift the responsibility to shew that Laskey's own solicitation and erroneous directions led to the disaster. The precautions which the statute interposes are enacted for the protection of the public. Ignorant persons should be protected even against their own rashness or imprudence. Dechard should have refused to act in the matter on Laskey's request, and Lyons must bear the consequences of his imprudence and failure of duty. The judgment of the Superior Court must therefore be confirmed.

Lacoste, Bisaillon, Brosseau & Lajoie, attorneys for appellant.

McGibbon, Major & Claxton, attorneys for respondent.

(J. K.)

March 26, 1889.

Coram DORION, C. J., TESSIER, CHURCH, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

THE CITY OF MONTREAL,
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

THE RECTOR AND CHURCHWARDENS OF CHRIST CHURCH CATHEDRAL,
(*Defendants in Court below*),
RESPONDENTS.

Exemption from taxes—Church—Special Assessment—38 *Vict.* (*Q.*) *ch.* 73, *s.* 3.

HELD:—(Confirming the judgment of TELLIER, J., M.L.R. 4 S.C. 13). That the Statute 38 Vict. (Q.) c. 73, s. 3, exempting churches, parsonages and bishops' palaces from "all taxes," includes exemption from special assessments for local improvements.

The respondents claimed exemption from a special assessment, imposed for the cost of a drain in the street bounding their property on one side, under the Statute 38 Vict. (Q.) c. 73, s. 3, "Churches, parsonages and bishops' "palaces are exempt from all taxes. Institutions occupied "for charitable objects are exempt from municipal, ordin- "ary and annual taxes."

Jan. 23, 24, 1889.]

P. Coyle, for the appellant:—

In the interpretation of exempting Statutes, the word "tax" has a restricted meaning, and does not apply to special assessment. This distinction is recognized by writers on the subject, and by most of the American Courts.

Appellant's authorities:

Harrison, Mun. Manual, p. 608.

Proudhon, Domaine de la prop., p. 101, No. 849.

Cooley, Taxation, p. 207, *vbo.* Assessments.
Hilliard, Taxation, p. 72.
Burroughs, Taxation, p. 75.
Dillon, Mun. Corporations, pp. 773 *et seq.*
Zabriski's R., vol. 4, p. 385 *et seq.*

N. T. Rielle, for the respondents:—

The words of the Statute, in their natural sense, create two classes of exemption, the first being wider than the second. The properties included in the first class are meant to be free from some impositions which are neither "ordinary," "annual," nor "municipal," and such impositions can only be special assessments.

Hardcastle, Statutes, p. 17 *et seq.*
Wilkinson v. *Leland*, 2 Pet. 627.
Maillard v. *Lawrence*, Dannforth, S. C. Dig. 996.
Potter's Dwarris, Statutes, p. 110.

The American decisions are not unanimous in making any distinction between "tax" and "assessment" in exempting Statutes. The question not having come before the Supreme Court of the United States, the decisions of the Courts of last resort of the various States have equal authority, and the most recent of these do not make this distinction.

Harvard College v. *The Aldermen of Boston*, (104 Mass. Rep. p. 486).
Codman v. *Johnson*, (104 Mass. Rep. p. 493).
People v. *School Trustees*, (Ill.) U. S. Digest (N. S.), Vol. 18, p. 611.
Erie v. *Universalist Church* (Pa.) U. S. Digest (N. S.) Vol. 16, p. 617.
Olive Cem. Co. v. *Philadelphia*, 93 Pa. 129.

This distinction has also been rejected by the Courts of the Province of Ontario.

Harrison, Mun. Manual, p. 608-11.
Haynes & Copeland, (18 U. C. C. P. p. 150.)

The American decisions cited in favor of appellant's theory do not assert, as a general rule of law, that in an exempting Statute, an "assessment" is not a "tax." In

1889.

City of Montreal & Rector, etc., of Christ Church Cathedral.

these decisions the Courts have held that *in the case of the particular Statute then under discussion*, the intention of the Legislature was not to extend the meaning of the word "tax" to "assessments."

City of Baltimore v. *The Cemetery Co.*, 7 Md. 535. *Vide* Note on this case in *Dillon*, Mun. Corporations, p. 775.

Cooley, Taxation, p. 207.

The intention of the Legislature in this exempting Statute can only be understood by comparing the Statute with other legislation on similar subjects,—and with judicial interpretation of such Statutes. Acts *in pari materia* are to be taken together as forming one law.

Mun. Code, Art. 712.

Corp. of Verdun & Nuns of the Congregation. 1 Q. B. Rep. 163.

School Comrs. of St. Roch & Sem. of Quebec. 10 Q. L. R. 335.

Wylie & The City of Montreal. 12 Can. S. C. R. 384.

Cité de Montréal et Les Ecc. du Sem. de St. Sulpice. M.L.R., 4 Q. B. 1.

Potter's Dwarris—Statutes—p. 699.

DORION, C. J.—

The Statute makes a distinction between two classes of exempted parties, giving wider exemption to the first class, to which the respondents belong. Since the argument in this case, however, the Supreme Court has reversed the judgment of this Court in the case of *La cité de Montréal et Les Ecclésiastiques du Seminaire de St. Sulpice* (M. L. R., 4 Q. B. 1), which settles the jurisprudence in favor of the respondents.

Judgment confirmed.

P. J. Coyle, for appellant.

Lafleur & Rielle, for respondents

Dunlop, Counsel.

(N. T. E.)

19 janvier 1889.

Coram DORION, J.C., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, JJ., et DOHERTY, Asst.-J.

CHRISTINO STÉFANI ET AL.,
(*Mis en cause en Cour Inférieure*),
APPELANTS ;

ET

E. MONBLEAU, FILS,
(*Requérant en Cour Inférieure*),
INTIMÉ.

Appel—Assemblée du Conseil Municipal—Membre personnellement intéressé.

JUGÉ:—1. Que, lorsque l'appelant d'un jugement final veut aussi interjeter appel des jugements interlocutoires rendus dans la cause, il faut les mentionner dans le bref et les griefs d'appel, à moins que la décision contenue dans l'interlocutoire se trouve aussi comprise dans le jugement final.

2. Que, d'après le statut incorporant la ville de St-Jean, un membre du conseil municipal n'a pas droit de voter aux assemblées du conseil sur une question dans laquelle, soit personnellement, soit comme membre d'une société commerciale, il a un intérêt pécuniaire, et qu'une résolution du conseil, adoptée par une majorité d'une voix, sera déclarée nulle lorsqu'un membre ainsi intéressé aurait voté du côté de la majorité.

L'appel est du jugement de la Cour Supérieure, district de St-Jean (CHARLAND, J.), accordant la requête de l'intimé pour faire déclarer nulle une résolution du conseil de la ville de St-Jean. L'appel est du jugement final, dont suivent ici les considérants, mais nous insérons de plus les considérants de deux jugements interlocutoires qui ont été rendus dans cette cause, et dont mention est faite par les juges de cette Cour:

8 mai 1888:—

" Considérant que le certificat de cautionnement dont il est question en icelle motion a été apposé par le protonotaire de ce district dans les limites de son devoir, et d'après la jurisdiction qui lui est donnée et reconnue par

1889.
Stéfani & Monbleau.

la loi et spécialement par le Statut en vertu duquel il a reçu tel cautionnement ;

" Considérant que le protonotaire, en cette instance, n'a fait que certifier un acte qu'il a droit de faire et exécuter, et que toutes et chacune des raisons invoquées par les mis en cause pour demander le rejet du dit certificat de cautionnement sont mal fondées ;

" Renvoie la dite motion, (dépens réservés)."

" La Cour, après avoir entendu les parties, savoir, le requérant et les mis en cause, sur la motion présentée à cette Cour par les mis en cause, le premier mai courant, examiné la procédure et délibéré ;

" Considérant que le certificat de cautionnement fait partie de la requête bien qu'il ne soit pas textuellement allégué dans le cadre d'icelle, et qu'avec la dite requête, et simultanément avec icelle et l'avis de présentation, il a été dûment signifié aux parties qui n'ont pu être déçues en aucune manière ;

" Considérant qu'à sa face, la dite requête ainsi accompagnée du certificat de cautionnement, est suffisante et doit être acceptée et reçue ;

" Considérant que le dit cautionnement a été donné en cette instance ;

" Renvoie la dite motion, (dépens réservés)."

---

21 mai 1888 :—

" La Cour, après avoir entendu le requérant et les mis en cause par leurs avocats respectifs, tant au mérite que sur les deux dernières motions des dits mis en cause, l'intimée ayant comparu par son avocat et produit au dossier une déclaration à l'effet qu'elle n'entendait pas contester la requête du requérant et qu'elle s'en rapportait à justice, examiné la procédure, preuve, pièces produites, et sur le tout mûrement délibéré ;

" Attendu que le requérant expose, par sa requête, que le trois avril dernier (1888), et dès auparavant, il était et

est encore électeur municipal dûment qualifié de la ville de St-Jean, dans ce district, et qu'à une séance régulière du conseil de la corporation de la dite ville de St-Jean, l'intimée, tenue le dit trois avril dernier (1888), dans la salle des délibérations du dit conseil, Christino Stéfani, conseiller de la dite ville de St-Jean, et David A. Moore, aussi de St-Jean, gendre du dit Stéfani, auraient conjointement fait application devant le dit conseil pour obtenir un certificat de licence de restaurant dans la dite ville ;

" Attendu que le dit trois avril dernier (1888), en vertu d'une proposition faite devant le dit conseil par le conseiller Alfred Camaraire, secondée par le conseiller Charles Arpin, le conseil de la Corporation intimée aurait accordé, voté et approuvé le certificat de licence de restaurant demandé par les dits Christino Stéfani et David A. Moore, et cela par une seule voix de majorité, savoir, celle du conseiller Stéfani, cinq conseillers ayant voté contre l'octroi de la dite licence, et six en faveur ;

" Attendu que le conseiller Stéfani qui a voté en faveur de l'octroi d'un certificat de licence de restaurant en faveur des dits Stéfani et Moore, les mis en cause, est le même Stéfani qui a fait demande de tel certificat de licence avec le dit Moore, et que ce n'est que par son vote que tel certificat de licence fut accordé par le dit conseil ;

" Attendu qu'en vertu de la loi et de la charte de la dite ville de St-Jean, tout conseiller qui a un intérêt personnel dans une question ou demande faite au conseil de la dite ville, n'a pas droit de prendre part aux délibérations du dit conseil et de voter sur icelle, et que le dit conseiller Stéfani avait un intérêt personnel dans la demande de certificat de licence de restaurant de Stéfani et Moore, et qu'il a nonobstant, voté tel certificat ;

" Attendu que, pour ces raisons, le dit requérant demande la cassation et annulation de la résolution du dit conseil approuvant l'application des mis en cause, et leur octroyant le dit certificat de licence comme illégale ;

" Attendu que les mis en cause ont comparu, répondu, et ont lié contestation avec le requérant pour défendre l'acte attaqué du conseil et justifier le vote du dit conseil-

1889.
Stéfani & Monbleau.

ler Stéfani, et qu'ils ont d'abord attaqué le cautionnement fourni par le requérant et le certificat d'icelui par le protonotaire de cette Cour, par deux motions dont cette Cour a disposé, sauf quant à la question des dépens sur telles motions qui a été réservée pour adjudication dans le présent jugement au mérite ; et attendu que les dits mis en cause ont attaqué le mérite et le fond de la dite requête par une dénégation générale, et par une affirmation de la légalité de la dite résolution du trois avril dernier, ainsi que du vote du conseiller Stéfani, et qu'ils ont, de plus, invoqué une déclaration faite par le Maire de la dite ville de St-Jean, le sept mai courant (1888), dans laquelle le dit Maire dit qu'il aurait voté en faveur des dits Stéfani et Moore sur la dite résolution, s'il eût été appelé à le faire, comme il le fait par sa dite déclaration ;

" Attendu que, par une troisième motion, les mis en cause demandent le rejet d'une requête de certains citoyens de la dite ville de St-Jean, priant le conseil de ne pas accorder de licence aux dits mis en cause comme ne pouvant être une raison en droit pour soutenir la requête du requérant ;

" Adjugeant d'abord sur la motion des mis en cause demandant le rejet du dossier des documents A, B et C, produits par le témoin Zéphirin Rodolphe Hamel avec sa déposition, déclare la dite motion mal fondée et la renvoie avec dépens distraits, etc.

" Et la Cour, considérant que la requête du requérant a été précédée et accompagnée des formalités voulues par la loi et le statut en pareil cas ; que le cautionnement exigé a été fourni, et qu'il est légal et suffisant ;

" Considérant qu'il est établi par le rôle d'évaluation actuellement en force et par le rôle de perception de la dite ville de St-Jean, que le requérant était le trois avril dernier, et dès auparavant, et a toujours été depuis, et est encore électeur municipal de la dite ville de St-Jean, et que sa dite qualité d'électeur municipal apte à voter aux élections municipales de la dite ville de St-Jean est légalement prouvée par les dits rôles extraits d'iceux, et par

1889.
Stéfani & Monbleau.

le témoignage de Zéphirin Rodolphe Hamel, secrétaire-trésorier de la dite ville ;

" Considérant qu'il est prouvé que le trois avril dernier, à une séance régulière du dit conseil de la ville de St-Jean, à laquelle étaient présents Mr. le Maire, les Conseillers Arpin, Latour, Boucher, Bisaillon, Ramsay, Frenière, Stéfani, Camaraire, Pinsonnault, Bousquet et Poirier, formant un quorum, il a été proposé par le conseiller Camaraire, secondé par le conseiller Charles Arpin, que le certificat de licence de restaurant demandé par les nommés Christino Stéfani et David A. Moore, savoir, les mis en cause, fût approuvé et accordé par le dit conseil, et que les votes pris et enregistrés sur la dite proposition ou résolution ont été de six pour et cinq contre, le dit conseiller Stéfani, un des mis en cause, votant pour sa propre demande faite conjointement avec le mis en cause Moore ;

" Considérant que, par la loi et le Statut, il était défendu au dit conseiller Stéfani de prendre part aux délibérations et de voter sur toute question où il avait un intérêt personnel, et que nonobstant la section prohibitive, savoir, la section 124 de l'acte des clauses générales des corporations de ville, et s'appliquant à la dite ville de St-Jean par une disposition spéciale de sa charte, le dit conseiller Stéfani a voté en faveur du dit octroi de certificat de licence pour lui-même et son co-pétitionnaire Moore ;

" Considérant que le dit vote du conseiller Stéfani est illégal et a été donné et enregistré, dans l'espèce, en violation d'une loi le lui défendant, et que le dit vote est sans valeur et nul, et que l'octroi du dit certificat qu'il a obtenu par son dit vote constituant la majorité en sa faveur, est également nul ;

" Considérant que le requérant a prouvé les allégués essentiels de sa requête, et qu'ils sont bien fondés en droit ;

" Considérant que les mis en cause n'ont justifié d'aucune de leurs réponses qui sont mal fondées en fait et en droit ;

" Considérant que le dit vote du conseiller Stéfani et

1889.
Stéfani & Monbleau.

les procédés du dit conseil attaqués par le requérant dans sa dite requête sont irréguliers, illégaux, sans valeur et nuls, et doivent être déclarés tels et cassés ;

" Déclare la requête du requérant bien fondée tant en fait qu'en droit et la maintient, et renvoie toutes les réponses ou défenses produites par les mis en cause à l'encontre de la dite requête, et

" Déclare annuler et annule et casse, à toutes fins que de droit, la dite résolution du dit conseil de la dite ville de St-Jean, passée le trois avril dernier (1888), approuvant et accordant le certificat de licence de restaurant à Christino Stéfani et David A. Moore, les mis en cause, et déclare le dit certificat de licence de restaurant octroyé par et en vertu de la dite résolution ou comme conséquence d'icelle, illégal, sans valeur et nul, et le casse et annule à toutes fins que de droit.

" Et la Cour, adjugeant sur les dépens tant de la requête que de la contestation d'icelle faite par les mis en cause, ainsi que sur ceux accrus sur les deux premières motions des mis en cause qui ont été réservés, condamne l'intimée aux dépens accrus en la présente instance comme dans une pareille instance non contestée, et condamne les mis en cause aux dépens accrus tant sur la contestation au mérite par eux faite de la requête que sur leurs dites deux premières motions ; et accorde distraction de tous tels dépens, etc.

" Et la Cour, quant à la motion des mis en cause demandant le rejet de la requête de certains citoyens en opposition à l'octroi du dit certificat de licence aux mis en cause, déclare la dite motion mal fondée et la renvoie, mais sans frais."

22 nov. 1888.]

Geoffrion, Q. C., pour les appelants.

McCully, pour l'intimé.

TESSIER, J. :—

Les faits qui ont donné lieu aux procédures dans la Cour inférieure, et qui ont été le sujet de nos délibérations, sont les suivants :—

1889.
Stéfani & Monbleau.

Dans le mois d'avril dernier les appelants, Stéfani et David A. Moore, firent application à la corporation de la ville de St-Jean, aux fins d'obtenir la confirmation par le conseil de ville du certificat par vingt-cinq électeurs d'une licence de restaurant. Stéfani, qui était un des applicants, se trouvait être aussi membre du conseil de ville, et à la séance où cette application fut présentée, le conseil s'est divisé, cinq des membres votant contre et six en faveur de la licence que demandaient les appelants. Mais Stéfani, qui était présent à cette séance, enregistra son vote du côté de la majorité, et l'obtention de la licence fut emportée par sa voix.

Presqu'immédiatement, un électeur municipal, Eusèbe Monbleau, l'intimé, présenta une requête à la Cour Supérieure, à St-Jean, aux fins de mettre de côté la résolution du conseil accordant un certificat de licence aux appelants. L'intimé, en faisant cette requête, se basa sur le fait que le vote de Stéfani était illégal, et qu'en vertu des principes généraux et du Statut incorporant la ville de St-Jean, il ne pouvait donner son vote, comme membre, dans une affaire soumise à la décision du conseil, et dans laquelle il était intéressé.

Il était nécessaire au requérant, suivant la loi en pareil cas, de donner cautionnement pour les frais avant la signification de sa requête, une seule caution suffisant pourvu qu'elle se qualifia sur propriété foncière. Le cautionnement donné fut par une seule personne, qui déclara sous serment être propriétaire de propriété foncière valant plus de $200, mais sans faire mention de la description de cette propriété. Les appelants firent motion demandant le rejet de la requête à raison de l'absence de cette description, et par un jugement interlocutoire rendu le 8 mai il fut jugé que ce cautionnement était suffisant.— Sur le mérite de la requête le jugement final a maintenu les prétentions du requérant, la Cour Inférieure se trouvant de l'opinion que, d'après les principes généraux et la charte de ville, Stefani n'aurait pas dû voter étant intéressé, et que la résolution du conseil obtenue par son vote ainsi donné était illégale et nulle.

1889.
Stéfani & Monbleau.

La première question qui se présente est de savoir si le cautionnement est valable. Les appelants ont cité des précédents à l'appui de la prétention qu'en pareil cas il est nécessaire à la validité du cautionnement qu'il contienne une description de la propriété foncière sur laquelle la caution se justifie. Si la Cour avait à décider cette question maintenant, les précédents cités par les appelants suffiraient peut-être pour faire prévaloir leurs prétentions sur ce point. Mais cette question nous est-elle soumise sur le présent appel ? En examinant le bref d'appel, nous apercevons que les appelants ne se plaignent pas du jugement interlocutoire qui a prononcé la validité du cautionnement en Cour Inférieure, et dans leurs griefs d'appel les appelants ne font aucune mention de ce jugement interlocutoire, et, conséquemment, il semble qu'il n'y a pas d'appel de ce jugement ni par le bref ni par les griefs d'appel, et partant, que la validité de ce cautionnement ne nous est pas soumise. Dans plusieurs causes la Cour d'Appel a prononcé dans ce sens et notamment en 1877 dans la cause de *Dunning & Girouard*, rapportée 9 R. L., p. 177, où il a été décidé qu'il faut mentionner dans les griefs d'appel que le jugement interlocutoire est erroné. Et ceci est juste pour la raison que, dans le cas où il existerait un cautionnement qui ne serait pas radicalement nul, quoiqu'entaché d'un défaut remédiable, cette Cour pourrait permettre à la partie de remédier au défaut formel. Ainsi en 1879, sur l'appel du *Montreal Cotton Company* et *La Corporation de la ville de Salaberry*, il a été jugé que cette Cour, dans sa juridiction, peut permettre le renouvellement du cautionnement s'il est irrégulier. Cet arrêt est rapporté au 9 R. L., p. 551.

Maintenant quant au mérite il y a moins de difficulté, puisque la loi est formelle. D'après les termes du statut incorporant la ville de Saint-Jean, dès que la partie a un intérêt elle ne peut voter comme membre du conseil-de-ville sur une question dans laquelle elle est intéressée. Même dans l'absence d'une pareille clause nous serions obligés de décider ainsi suivant les principes de droit. Les appelants prétendent que sur ce point il faut distinguer,

que la license n'a pas été accordée à Stéfani, mais bien à la société Stéfani et Moore. Mais la Cour ne peut voir qu'il y a ici une distinction à faire, puisqu'il ne s'agit pas de savoir combien d'intérêt avait le conseiller Stéfani, puisqu'il suffit pour rendre son vote illégal qu'il eut un intérêt quelqu'en fût le degré.

Grant on Corporations, page 365, No. 357, cite le statut anglais :—

" With respect to the acts of the body, it is enacted that " all acts whatsoever, authorised or required by virtue of " this Act to be done by the council of such borough, and " all questions of adjournment, or others, that may come " before such council, may be done and decided by the " majority of the members of the council who shall be " present ..... at any meeting in pursuance of this Act."

L'auteur consigne ici la prohibition suivante en vertu de la 5 et 6 Vict., chap. 104, section 2 :

" It is made unlawful for any member of the council " for any borough to vote or to take part in the discus- " sion of any matter before the council, in which such " member shall directly or indirectly, by himself or his " partner or partners, have any pecuniary interest."

D'ailleurs toutes les lois prohibitives emportent nullité, quoiqu'elle n'y soit pas prononcée.

Il y a enfin une dernière objection de la part des appelants.

Le maire de la ville de St-Jean présidait à l'assemblée en question, mais, vu qu'il y avait une majorité apparente d'une voix, il n'a pas été appelé à voter. Plus tard il a déclaré à une assemblée subséquente que s'il avait été appelé à voter dans l'occasion il aurait donné son vote en faveur de l'octroi du certificat de license. Mais il est évident que ceci ne peut pas valider ce qui est radicalement nul.

Pour ces raisons et pour celles données dans le jugement élaboré de la Cour de St-Jean nous croyons devoir confirmer ce jugement.

1889.

Stéfani & Monbleau.

DORION, J.C. :

Les appelants ne peuvent pas se prévaloir de l'irrégularité du cautionnement, parce que ni dans le bref d'appel ni dans leurs griefs ils ne se sont plaints du jugement interlocutoire qui affirme la régularité et la suffisance du cautionnement. Il est vrai que ce n'est pas nécessaire d'appeler spécialement des jugements interlocutoires en certains cas. Par exemple dans le cas d'une défense en droit renvoyée il ne serait pas nécessaire, puisque la décision sur telle défense se trouve comprise dans le jugement final. Mais dans la présente cause il est différent, et il fallait appeler du jugement interlocutoire qui a prononcé sur une question, savoir, la validité du cautionnement, qui ne forme pas partie du mérite de la cause et qui n'est pas décidée par le jugement final. Je fais cette distinction parce que je ne veux pas être compris à dire qu'il est toujours nécessaire d'appeler spécialement des jugements interlocutoires, ni d'en faire mention dans les griefs d'appel. Ce que nous disons, c'est que quand le jugement interlocutoire décide quelque chose qui n'est pas jugé par le jugement final, alors il est nécessaire en appelant de faire mention du jugement interlocutoire.

Jugement confirmé.

Geoffrion, Dorion, Lafleur & Rinfret, avocats des appelants.

Macdonald & McCully, avocats de l'intimé.

(H. J. K.)

February 26, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, CHURCH and BOSSÉ, JJ.

COME S. CHERRIER,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

CHARLES TERIHONKOW,
(*Petitioner in Court below*),
RESPONDENT;

Prohibition, Writ of—When it may issue—Seizure of goods of Indian—Jurisdiction—Indian Act, R.S., ch. 43, s. 78.

HELD:—1. A writ of prohibition can be issued from the Superior Court to an inferior tribunal, only when the inferior tribunal is exceeding its jurisdiction, or is acting without jurisdiction.

2. A Commissioners' Court has jurisdiction to hear and determine a cause against an Indian, and to issue a writ of execution upon the judgment rendered in such cause; and the fact that goods have been seized which are by law declared to be exempt from seizure does not justify the issue of a writ of prohibition to the Court from which the execution issued.

3. The proper proceeding in such circumstances is an opposition *afin d'annuler.*

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal, GLOBENSKY, J., maintaining a writ of prohibition. The judgment of the Court below was as follows:—

"The Court having heard the petitioner and one Côme Séraphin Cherrier, by their respective counsel, upon the merits of the writ of prohibition issued in this cause, examined the proceedings, etc.

"Considering that on the 5th of February, 1888, the respondents, the Commissioners' Court of the parish of Laprairie, rendered judgment against petitioner in a cause bearing number 956 of its records, where one Côme Séraphin Cherrier was plaintiff, and to whom petitioner was condemned to pay a certain sum of money;

1889.

Cherrier & Terihonkow.

"Considering that on the 30th of April last past, a writ of execution against the goods and chattels of the petitioner, defendant in the said cause, was issued by the said respondents and that one Arthur Matte, a bailiff, did, under the authority thereof, on the 30th May last, seize and take in execution, as belonging to said petitioner, certain personal property and movables, in petitioner's possession, and give notice that the same would be sold by him under the said authority on the 12th of June last past, at the said petitioner's domicile, to satisfy the said Cherrier's claim and costs on the said judgment;

"Considering that the said petitioner on the 4th of July, obtained from the Hon. L. A. Jetté, one of the Judges of the Superior Court for Lower Canada, permission and order to issue a writ of prohibition against the respondents, ordering them to suspend all proceedings under the above mentioned judgment;

"Considering that the said Cherrier, plaintiff in the above cause, was not *mis en cause*, but appeared by counsel and contested the said writ of prohibition on the merits, waiving thereby all defects in the procedure of summoning the interested parties;

"Considering that the petitioner has joined issue with the said Cherrier, although he had not been made a party to the writ, and has thereby accepted him as his adverse party;

"Considering that the respondents have not appeared, and that default has been registered against them;

"Considering that the petitioner claims that under section 78 of the Indian Act, the aforesaid judgment is null and void and cannot be enforced, and that in consequence the writ of prohibition in this cause was properly issued and ought to be maintained;

"Considering that said Cherrier answers by his defence, that the judgment of the Commissioner's Court impugned was legally rendered in his favor against petitioner, and that the writ of execution to enforce the payment of the amount of said judgment was legal, and could legally be executed upon the goods and chattels of petitioner;

"Considering that by law no person can take or obtain lien or charge whether by mortgage, judgment or otherwise, upon real or personal property of any Indian or non-treaty Indian, except on real or personal property subject to taxation under another section of the said Indian Act which defines what real or personal property of an Indian is subject to taxation;

"Considering that it has been proved in evidence that said petitioner is an Indian to whom the Indian Act does apply;

"Considering that the said Cherrier has not proved that the personal property taken in execution and seized under the said writ of the Commissioner's Court, was real or personal property subject to taxation;

"Considering, therefore, that said Cherrier could not, by his said judgment, obtain any lien or charge upon the said personal property as taken in execution;

"Doth dismiss the defence of Côme Séraphin Cherrier and maintain the said writ of prohibition against respondents, and order them to suspend all proceedings upon the said writ of execution above mentioned and the judgment by them rendered against said petitioner, without costs against said respondents, but with costs against the said Côme Séraphin Cherrier, *distraits, etc.*"

Jan. 15, 1889.]

Fortin, for the appellant:—

La prétention de l'intimé est celle-ci:

La loi dit qu'on ne peut prendre aucune garantie, privilége ou droit soit par hypothèque, jugement ou autrement, sur mes biens; or vous avez obtenu jugement contre moi; donc le tribunal qui m'a condamné a commis un excès de juridiction et je suis bien fondé à me pourvoir par la voie du bref de prohibition.

Cette prétention, au moins singulière, suivant nous, a été accueillie par la cour inférieure.

La seule question qui se présente est donc une question de compétence ou de juridiction.

Molson et al. & Lambe et al., 11 Leg. News, p. 291, Cour Suprême, Canada:

1889.
Cherrier & Terihonkow.

"In cases where there is jurisdiction over the subject "matter, prohibition will not go for mere irregularity in "the proceedings, or even a wrong decision on the "merits."

Mayor of London & Cox, L. R., 2 H. L. 276, citée *re Molson & Lambe :*

"The proceeding in prohibition, therefore, does not "stand upon the footing of an action for a wrong."

"In a prohibition for want of jurisdiction, the question "is not whether the party or the Court has done a wilful "wrong, but whether the Court has or has not jurisdic-"tion." *Ib.*, p. 293.

La cour des commissaires a-t-elle excédé sa juridiction dans l'espèce ?

La compétence d'un tribunal est de deux sortes : *ratione personæ* et *ratione materiæ.*

Ratione personæ quand la personne même que l'on assigne n'est pas justiciable du tribunal devant lequel elle est assignée ;

Ratione materiæ quand la matière qui fait le sujet du procès échappe à la compétence de la cour.

Par exemple, quand l'on assigne une personne devant la cour supérieure, dans une demande dont l'objet est de moins de $100, et qui est du ressort exclusif de la cour de circuit.

Ces distinctions sont élémentaires, mais il parait utile de les rappeler.

Pour réussir, l'intimé devra donc démontrer à cette cour que la Cour des Commissaires n'avait pas dans l'espèce, l'une ou l'autre de ces juridictions. En d'autres termes, il doit démontrer que la cour a excédé sa juridiction *ratione personæ* ou *ratione materiæ* ; il n'y a pas de milieu.

L'intimé allègue avoir été poursuivi en paiement d'un compte pour marchandises ; il n'y a donc pas excès de juridiction *ratione materiæ*, puisqu'aux termes de l'art. 1188 du C.P.C., la Cour des Commissaires possède la juridiction voulue sur ces matières. Au reste, l'intimé ne prétend pas que le défaut de juridiction soit de cette nature.

Mais y a-t-il défaut de juridiction *ratione personæ ?*

1889.

Cherrier & Terihonkow.

L'intimé n'exprime pas assez clairement sa prétention, comme l'on a vu, pour affirmer que c'est là ce qu'il soutient ; mais comme il faut nécessairement qu'il y ait quelque part le défaut de juridiction qu'il invoque, et que ce ne peut être autre chose que l'incompétence *ratione personæ*, voyons si la loi soutient ses allégations.

Nous soumettons que, pour soustraire l'intimé à la juridiction des tribunaux, il faudrait une loi formelle à ce sujet, un texte parfaitement clair.

Y a-t-il quelque loi semblable ? Nous n'en connaissons aucune et l'intimé n'en cite pas. La section 78 invoquée par lui ne dit rien de semblable, et n'appuie en aucune façon sa prétention.

La section 77 commence par déterminer quels biens, appartenant aux sauvages, sont susceptibles d'être taxés. La section 78 vient ensuite pour déclarer que l'on ne pourra prendre de garantie sur les biens d'un sauvage, " soit par hypothèque, jugement, ou autrement," c'est-à-dire, qu'on ne pourra obtenir un droit de préférence sur les biens d'un sauvage, par hypothèque conventionnelle ou judiciaire—résultant d'un jugement ; voilà tout. Excepté, dit la section, sur les biens susceptibles d'être taxés.

Si nous comprenons bien la portée de cette section de la loi des sauvages, elle décrète que, règle générale, les biens d'un sauvage ne peuvent être engagés ou hypothéqués, si ce n'est ceux qui sont susceptibles d'être taxés. Peut-on en conclure qu'un sauvage ne peut être poursuivi ? Evidemment non. Or, encore une fois, c'est la seule question qui se présente en cette cause.

L'intimé ne prend pas une action en radiation d'hypothèque ; il dit tout simplement : " Vous n'avez pas le droit de me poursuivre."

Il y a plus. La section 81 de l'acte des sauvages déclare insaisissables certains biens appartenant aux sauvages ; ce sont les présents faits aux sauvages, et les biens acquis au moyen des annuités qui leur sont accordées.

Qu'en résulte-il ?

Du fait que la loi dit : tels ou tels biens sont insaisis-

1889.

Cherrier & Terihonkow.

sables, n'en résulte-il pas que les autres biens sont saisissables? Quand la loi crée une exception, est-ce qu'elle ne reconnait pas par là même, l'existence d'une règle générale à laquelle elle entend déroger?

Et si les autres biens sont saisissables, n'est-il pas évident que l'on pourra prendre jugement contre un sauvage, et, pour y arriver, le poursuivre?

J. S. Hall, Q.C., and *A. D. Nicolls* for the respondent :—

It is beyond all controversy that Terihonkow is an Indian residing on the Indian Reserve at Caughnawaga, and that the judgment of the Commissioner's Court was rendered for an ordinary account, and that in execution of it the movable effects of Terihonkow on the Reserve were seized and about to be sold.

The judgment is based mainly on Section 78 of the Indian Act. Under this section the respondent contends no judgment ought to be rendered against him nor any seizure of his goods made or any lien or charge made on him or his property, except it be on property subject to taxation under Sec. 77 of the same Act. The property seized here was not property subject to taxation.

BOSSÉ, J.:—

L'appelant avait, le 5 février 1883, obtenu devant la Cour des Commissaires de la paroisse de Laprairie, jugement pour $20, contre l'intimé, l'un des sauvages résidants sur la réserve de Caughnawaga.

Sur ce jugement, un bref d'exécution a été émané, et des effets mobiliers appartenant à l'intimé ont été saisis à son domicile sur la réserve.

La vente en avait été annoncée, mais avait été arrêtée sur paiement d'un à compte, et pour empêcher d'autres procédures l'intimé a alors présenté à la Cour Supérieure siégeant à Montréal, une requête pour bref d'injonction par laquelle il concluait, "that a writ of prohibition do "issue from this Honorable Court, prohibiting said re- "spondent from issuing any further or other or alias writ "of execution, and from proceeding or allowing its officers "or any of them to proceed upon the writ of execution

"already issued under said judgment of said Court "against respondent in said cause bearing the number 956, "wherein said Côme Séraphin Cherrier was plaintiff and "your petitioner was defendant, and be also prohibited "from allowing said judgment of said Court against "respondent to become, by means of a writ of execution "or otherwise, a charge or lien upon the property and "effects of your petitioner situated on said reserve or "otherwise affecting the same, and that said judgment be "declared to have been illegally and erroneously rendered "and to be unfounded, and that the same be set aside and "declared null and of no effect, the whole with costs, "*distraits.*"

Après contestation et enquête, la Cour Supérieure a maintenu la requête et enjoint au demandeur "to suspend "all proceedings upon the said writ of execution above "mentioned and the judgment by them rendered against "said petitioner, without costs against respondents, but "with costs against the said Côme Séraphin Cherrier, "*distraits*, etc."

Il me parait que ce jugement ne peut être maintenu.

Il faut noter que quoique la saisie ait été pratiquée au domicile d'un sauvage sur la réserve de la tribu à laquelle il appartient, et que la requête libellée allègue ce fait et demande entre autres choses, qu'il soit fait défense de procéder à la vente des objets saisis sur cette réserve—il est aussi demandé, que le jugement de la Cour des Commissaires soit déclaré illégal pour défaut de juridiction, que comme tel il soit mis de côté et que défense soit faite aux officiers de la Cour de le mettre à exécution.

Il faut aussi observer que le jugement dont est appel ne déclare pas le jugement nul, et ne procède pas non plus sur le fait que les meubles saisis l'ont été sur une réserve d'une tribu de sauvages et au domicile de l'un des sauvages dans cette réserve, mais ne contient qu'une seule disposition, à savoir, l'ordre de suspendre toute procédure pour l'exécution de ce jugement.

Le jugement de la Cour des Commissaires me parait avoir été rendu par une Cour ayant juridiction pour le

1889.
Cherrier & Terihonkow.

rendre, et contre une personne qui pouvait être condamnée.

Le sauvage quoique soumis à une espèce de tutelle exercée par le gouvernement en raison des terres réservées aux tribus, des biens meubles qu'il peut avoir sur cette réserve, des présents et pension qui lui sont faits, et des choses qu'il peut avoir achetées avec cette pension, est cependant capable de contracter. Il peut acquérir en son nom et posséder des biens meubles ou immeubles en dehors de la réserve. Aucun contrat ne lui est défendu en raison de ces derniers biens, et il peut, de même que toute personne majeure et usant de ses droits, faire toute transaction que bon lui semble, acquérir des droits et en poursuivre l'exécution en justice, sauf pour les seuls biens réservés dont je viens de parler, en raison desquels il ne peut ni contracter ni être taxé. Ceci ressort des sections 14, 16, 18, 30, 33, 43, 54 et 77 à 81 de l'Acte des Sauvages, S. R. C., chap. 43.

L'intimé a donc pu être bien condamné par la Cour des Commissaires pour la dette qu'il devait à l'appelant, et si dans l'exécution de ce jugement, le demandeur avait fait saisir quelques-uns des objets réservés, il y avait lieu à demander la nullité de la saisie par opposition suivant l'article 1213 du Code de Procédure Civile, mais il n'y avait pas lieu pour cela au bref d'injonction pour empêcher la vente.

Il y avait encore bien moins lieu à ce bref pour défendre à la Cour des Commissaires de faire exécuter son jugement, et à l'intervention de la Cour Supérieure pour donner un ordre à un officier de la Cour des Commissaires et l'arrêter dans l'exécution du bref émané de cette Cour.

Je suis d'avis de renverser le jugement dont est appel et renvoyer la requête libellée avec dépens des deux cours contre l'intimé.

DORION, Ch. J. :—

The Commissioners' Court had jurisdiction. An Indian may be sued for a debt ; and the Commissioners' Court had a right to condemn him to pay it ; but the law has

declared certain things exempt from seizure, and there is no doubt that the things seized here were unseizable. But a writ of prohibition is not the proper mode of opposing the seizure of things which are exempt from seizure. The writ of prohibition applies where a tribunal is acting without jurisdiction or in excess of jurisdiction. Here the Commissioners' Court was exercising a jurisdiction which it had a right to exercise. What the respondent should have done was to make an opposition to have the seizure declared null. The judgment must therefore be reversed.

The judgment in appeal is as follows:—

"La Cour etc.....

"Considérant que les commissaires pour la décision des causes sommaires dans la paroisse de Laprairie, avaient juridiction pour connaître et juger la cause intentée par l'appelant contre l'intimé, et pour faire émettre un bref d'exécution, comme ils l'ont fait, contre les meubles du dit intimé, qui ne sont pas par la loi déclarés exempts de saisie;

"Et considérant qu'un bref de prohibition ne peut émaner de la Cour Supérieure que lorsqu'un tribunal inférieur excède sa juridiction, ou agit sans juridiction, et que la saisie de biens exempts de saisie ne peut donner lieu à l'emanation d'un bref de prohibition, mais bien à une opposition afin d'annuler, qui est la procédure que l'intimé Terihonkow aurait dû adopter en cette cause;

"Et considérant qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le 29 ième jour de septembre 1888;

"Cette Cour casse et annule le dit jugement du 29 septembre 1888, et procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, rejette le bref de prohibition comme ayant émané sans droit, et condamne l'intimé à payer à l'appelant, les dépens encourus tant en cour de première instance, que sur l'appel."

Judgment reversed.

Robidoux, Fortin & Rocher, attorneys for appellant.

J. S. Hall, Q.C., attorney for respondent.

(J.K.)

March 26, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

ROBERT G. DUN ET AL.
(*Defendants in Court below*),
APPELLANTS;

AND

OCTAVE COSSETTE
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Mercantile Agency—Incorrect report of standing—Communicated to subscriber—Privilege.

HELD:—(CROSS, J., *diss.*) Affirming the decision of WURTELE, J., M. L. R., 3 S. C. 345, That persons carrying on a mercantile agency are responsible for the damage caused to a person in business by an incorrect report made by them concerning his standing; and that such report is not privileged though it be only communicated confidentially to a single subscriber to the agency, on his application for information. A communication relating to purely civil matters (as in this case) to be privileged must be based on the truth of the facts to which it relates.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal, WURTELE, J., condemning the defendants (appellants) to pay $2,000 damages for making a false report concerning the standing of the respondent. See M. L. R., 3 S. C. 345, for report of the decision appealed from. Jan. 16, 17, 1889.

D. Girouard, Q.C., for the appellants:—

This is a Mercantile Agency libel and slander case against Messrs. Dun, Wiman & Co.; but the facts are very different from those in *Bradstreet & Carsley*, M.L.R., 3 Q.B. 83, recently decided by this Court. In the present instance, the report was not voluntary on the part of the agency; it was specially requested by a subscriber, who as a large creditor, had a special interest in the communication; it was not printed, or circulated, or distributed to the subscribers generally; it was written and sent under envelope to the subscriber who demanded it, and to him

only. It was altogether private and confidential, and but for the indiscretion of the subscriber, who divulged to the party reported upon the information furnished to him, this action never would have been instituted.

To state the facts briefly:—About the middle of February, 1886, the firm of A. Hurteau & Frère applied to the Montreal Branch Office of the Mercantile Agency of Dun, Wiman & Co., for an informal search about the real estate of one of their customers and debtors, the respondent, a builder by trade, owning a saw-mill at Valleyfield, and engaged at the time in the building of the Longueuil church, in partnership with one Préfontaine. A. Hurteau & Frère were subscribers to the agency.

The appellants requested their lawyer in Beauharnois to obtain for them the desired information, as the respondent's real estate was situated in Valleyfield, in the County of Beauharnois. The search was not to be certified and was to be informal and unofficial. The report reached the Montreal office of the Agency, about the 27th of February. It was at once recorded in the books of the Agency, and communicated in writing under envelope to A. Hurteau & Frère, the paper stating in printed words that the communication was confidential and for their use only.

As the respondent had represented that his real estate was free from mortgage, Hurteau & Frère were surprised to be informed, as they were by this report, that there were mortgages on his land amounting to more than $10,000, although not made by him. Consequently another enquiry was ordered by them from the Agency, and this time the appellants addressed themselves to their regular correspondent at Valleyfield, one Mr. Joron, notary, of that town, who made a very favourable report, so favourable that when Mr. Marchand, the confidential clerk and bookkeeper of A. Hurteau & Frère, who represented them on nearly all occasions in this matter, heard it read in the office of the Agency, about the 19th of March, he concluded it was too flattering, and without waiting to have the whole read to him as he says, although Dawes, the clerk

1899.
Dun & Cossette.

in the Agency, says it was all read, he ordered appellants to request their correspondent in Beauharnois to declare whether he was in a position to confirm his first report or not. This report of Joron's was not sent to the office of A. Hurteau & Frère, as it had been communicated to Marchand in the office, and no further demand was made for it. The report of Mr. Joron is dated the 18th of March.

According to instructions received, the Agency wrote again to their lawyer in Beauharnois for a confirmation of the report of the 27th February. This confirmation duly came about the 29th of March. It introduced a new element of dispute. It stated that the respondent "had "to compromise in 1877-78 with Ross, Ritchie & Co., "lumber dealers, of Three Rivers." After enquiry it turned out that this was a compromise of a dispute he had with this firm respecting a consignment of lumber to him, and was understood by the public as a compromise of a debt. This last report was communicated to Hurteau & Frère, by being sent to their office under envelope, at the special request of Marchand, who read it first in the office of the Agency, about the 2nd of April. Mr. Hurteau says it was the day before the fire at the saw-mill of the respondent. Marchand said it was the day after. The fire took place on the 2nd of April, causing a loss to the respondent of about $20,000. On the 3rd of April, Mr. Emond, book-keeper of the respondent, came to Montreal in company with one Mr. Boyer, of Valleyfield, to make some arrangement with the creditors of the respondent, and especially A. Hurteau & Frère and Mr. Louis Tourville. During an interview with Mr. Arthur Hurteau, the latter communicated to Emond the reports of the 27th of February and of the 29th of March. Emond immediately replied that the reports were false; and a visit of Hurteau, made the same day to Valleyfield, soon satisfied him that the Agency's report was incorrect. The credit of the respondent was at once re-instated, and, in fact, stood better than it ever did, Hurteau & Frère offering the respondent all the money necessary to rebuild

his burnt mill, some $15,000. The search reported by the Agency had been made upon erroneous numbers of the cadastral plan, and instead of giving information about the respondent's property, the Beauharnois correspondent had made a return of the land of other persons. The property of the respondent was known as Nos. 139, 138 and 142, 141 D, 141 E, 141-8, 141-10, 141-11, 141-12, 141-13, 507, 508. The lots mentioned by the Beauharnois correspondent were 589, 788 and 851, but the latter two, on which the mill was alleged to stand, were stated as free. Lot 589 was alleged to be mortgaged for about $10,000 by a previous owner, and to be worth only $700. The mistake was apparent upon the face of the report, and upon receiving it Messrs. Hurteau immediately came to that conclusion. Hurteau & Frère had given no number to the Agency. Throughout, the appellants acted honestly and in perfect good faith. So their Montreal manager declares in most emphatic terms, and no proof to the contrary has been offered by the respondent.

On the 13th of April, the respondent called at the office of the appellants and complained of the reports in presence of Marchand. It was the first intimation that a mistake had been committed. The corrections of the respondent were taken down and put on record. The manager of the Agency at the same time promised to look more fully into the matter, and at once despatched a special messenger to the Registry Office in Beauharnois, to obtain a *certified search*, and made other enquiries, the result being a rectification, which was recorded and communicated to A. Hurteau & Frère on the 17th of May. The certified search shewed two mortgages of some $1,450 on the respondent's property. The respondent, not being satisfied with the course pursued by the appellants, sued them for slander and libel, and claimed $10,000 damages. The Court below awarded him $2,000.

The appellants pleaded the above facts, and claimed that under the circumstances the communications complained of were privileged, and this is the main question submitted to the consideration of this Court.

1889.
Dun & Cossette.

That the business of a mercantile agency, established all over the mercantile world for nearly half a century, and having offices in all the leading cities of the two continents, is both lawful and useful, cannot now be questioned. They have long ceased to be considered as institutions of espionage or inquisition. Their business has been carried on so carefully, that, notwithstanding the fact that thousands of reports are daily made by them, very few cases of complaint arise. If we consult our own judicial annals, we find only three suits of slander and libel taken against mercantile agencies—*Macdonald* v. *Dun, Wiman & Co.*, which was dismissed in 1862, on a point of form, and *Girard* v. *Bradstreet*, and *Carsley* v. *Bradstreet*, which will be referred to more fully later on. Their usefulness is so generally felt, that courts of justice are rather inclined to treat them leniently and liberally. As Judge Cullom, of the Louisiana Bench, governed by the principles of law which prevail in our province, said in 1873, in *Henry* v. *Dun & al.*:—"The fact that mercan-
" tile agencies have been for years in successful operation
" in many of the principal cities of America, and in some
" of those of Europe also, seems to furnish proof that their
" objects are not unlawful, but that they are, on the
" contrary, useful. *Their object, then, being lawful, they have*
" *the right to prosecute it.* Their communications, made in
" strict compliance with the declared conditions upon
" which they are organized, in personal confidence to
" their subscribers, relating exclusively to their business
" relations, and *bonâ fide*, are privileged, and cannot be
" made the basis of an action for damages against them."
Recent cases decided in the United States can be quoted where the privilege claimed by mercantile agencies has been recognized to its fullest extent, whether the communication be voluntary or requested, made to a subscriber having a special interest in it or not, provided no actual malice is proved. *Trussell* v. *Scarlett*, 18 Fed. Rep. 214; *Locke* v. *Bradstreet*, 22 Fed. Rep. 771. There is a valuable note appended to the former case by Wharton, author of the "Law of Negligence":—"The utility of

" mercantile agencies being unquestionable, and their " utility being dependent on their confidential limita- " tions, it is not strange that these limitations should be " not only maintained, but insisted on, by the courts. " And this is in two ways. If the limitations of confi- " dence are thrown off by the agency; in other words, if " it publishes to the world the information it collects, " then it is liable in damages to parties whose char- " acter it disparages, or whose standing it impugns. On " the other hand, if it confines itself to the confidential " communication of such information to its customers, " then if it acts *bona fide* and without malice or reckless- " ness, these communications are privileged, and the " defendant, if sued for a libel in making such communi- " cations, would be entitled to a verdict. *Meddlesomeness*, " it should be remembered, is an important test to be kept " in mind in cases of this class. If a communication be " merely meddlesome; if it be not dictated by a lawful " business obligation, or by a lawful personal duty, then " the privilege cannot be invoked."

It may be said that so far this view has not been adopted in the majority of cases; but as Cockburn, C.J., observed in *Wason* v. *Walter*, L. R., 4 Q.B. 73: "Our law " of libel has in many respects only gradually developed " itself into anything like a satisfactory and settled " form." Mr. Justice Fry remarked in a recent libel case, *Macdougall* v. *Knight*, L. R., 17 Q.B. Div. 642, quoting the language of Lord Campbell in *Lewis* v. *Levy*: "The " law upon such subjects must bend to the approved " usages of society, though still acting upon the same " principle, that what is *hurtful and indicates malice should* " *be punished, and that what is beneficial and bonâ fide should be* " *protected.*" So far mercantile agencies have escaped the attention of the English courts, although they have been flourishing in the principal cities of the United Kingdom for over a quarter of a century; but when they are brought before them, they cannot desire greater protection than the one embodied in the above general principle.

This Court, in two past cases, has already expressed it-

1889. Dun & Cossette.

self against any special immunity being recognized in favor of mercantile agencies which would not be granted to others; we refer to the *Girard* and *Carsley* cases, and honorable judges are not presumed to change their views, at least within such a short time. It is not necessary for the appellants to claim greater privileges and immunities than are accorded to ordinary citizens. They simply wish to be treated like others in similar circumstances.

Mr. Justice Würtele based his judgment upon the decisions in *Carsley* v. *Bradstreet* and *Girard* v. *Bradstreet*, and also upon Article 1053 of the Civil Code: "Every "person capable of discerning right from wrong is respon- "sible for the damages caused by his fault to another, "whether by positive act, imprudence, neglect or want of "skill." But there are exceptions to this rule of natural law which are to be found in the laws of all civilized nations. The case of *Girard* v. *Bradstreet* itself was an exception to the rule. The agency had published to all its subscribers, in its weekly printed sheet, that the plaintiff had *failed*. As a matter of fact he had obtained from his creditors an extension of time, and no doubt the publication was of a nature to injure his credit. But it was substantially true, and the Court of Appeal held that the agency was not liable. The action was dismissed. Every day the public press publishes facts of public interest, the publicity of which must injure individuals. No action lies in these cases, because it is the right, in fact, the duty of the newspaper to do so. *Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet.* To use the language of the French jurists: "*Celui qui ne fait qu'user* "*de son droit ne s'expose pas à des dommages intérêts.*" 4 Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 624, note. So with regard to mercantile agencies. If they were in duty bound to supply information to their subscribers, as they are under their contract with them, it matters little if in doing so they injured outsiders, provided of course they act without malice. The same principle governs communications between man and man touching the character of servants

and other employees. Great injury must result therefrom, but they are privileged, however false and defamatory they may be.

In the case of *Bradstreet & Carsley*, M. L. R., 3 Q.B., p. 83, the principles of English law were applied. Cross, J., for the Court, said:—

"2. The communication respecting respondent made "by the appellants to their customers might, according "to the English ruling, be considered privileged, provi- "ded all their customers to whom it was communicated "had such dealings with respondent as gave them an in- "terest in having information that might affect his "standing.

"3. If the information was given in good faith in the "form received, with proper precautions exercised as to "the authenticity of its source, it might, according to the "same ruling, be deemed privileged.

"4. If their subscribers had, or proposed to have, deal- "ings with the respondent, they, or so many of them as "were likely to be so interested, were entitled to ask and "obtain correct information of the like nature."

But there is another reason why the English law should be applied. It cannot be denied that the business carried on by the appellants is commercial, and that the cause of the complaint of the respondent is to be found in its operations. A case quite in point will be found in Sirey, 1877, part 1, p. 468. An agency had published a list of insolvent parties; its proprietor was sued for damages before the ordinary civil courts; he declined the jurisdiction, and claimed that he was only amenable to the *tribunal de commerce*. His exception was maintained, the court holding that *l'agence est une entreprise commerciale et que les faits dont se plaignent les demandeurs rentrent dans les opérations de l'agence.*

The English rules of evidence in commercial matters form part of our laws, and must therefore govern this case, as questions of privileged communications relate to the law of evidence.

1889.

Dun & Cossette.

What, then, is a privileged communication according to the law of England?

In *Starkie on Slander*, (Wendell's Ed. 1843,) vol. 1, p. 292, the rule is thus stated:—"In the next place, when "do the occasion and circumstances of the publication "afford a qualified defence dependent on the absence of "express malice? In other words, when is express "malice, or malice in fact, essential to the right of "action? The extensive principle which governs this "class of cases where the existence of express malice is a "test of civil responsibility, comprehends all where the "author of the alleged mischief acted in the discharge of "any public or private duty, whether legal or moral, "which the ordinary exigencies of society, or his own "private interest, or even that of another, called on him "to perform, but when the occasion does not furnish an "absolute defence, independently of the question of in- "tention, as on the one hand it would be contrary to "common convenience to fetter mankind in their ordin- "ary communications by the apprehension of vexatious "litigation; so on the other, would it be highly mis- "chievous to allow men to inflict the most cruel injuries "to reputation and character with impunity under the "cloak and pretence of discharging some duty to them- "selves or society, when they were *in fact* actuated by "the most malicious intentions. The law, therefore, in "such instances, and it seems most wisely, makes the "issue to depend on the existence or absence of *express* "*malice*, and thus an ample protection is extended to all "who act fairly and prudently, in order that men may "not be deterred by the fear of an action or prosecution "from making communications, which are either im- "portant to themselves or beneficial to the public.

"The instances already cited in illustration of the gen- "eral principle which makes the occasion operate as a "defence, unless express malice be proved, are those "where the occasion consists in the discharge of a duty "of a public nature. The same principle, it is next to be "seen, has an extensive application, *where a party acts*

"*fairly and bonâ fide in the prosecution of his own or even an-*
"*other's interest.*" p. 315.

"In general, when a communication is made in confi-
"dence, either *by or to* a person interested in the
"communication, supposing it to be true, or by way of
"admonition or advice, *it seems to be a general rule that*
"*malice is essential to the maintenance of an action.*" p. 321.

Express malice must be proved by plaintiff where the occasion is privileged. It seems necessary to say further that where the occasion is privileged and express malice is, therefore, requisite to sustain an action, nothing else can take its place. It is not sufficient that the defendant made the publication negligently or by mistake. *Scarll* v. *Dixon*, 4 F. & F. 250; *Thomson* v. *Dashwood*, L. R., 11 Q. B. Div. 43. Nor even that it was made rashly and without sufficient enquiry, *Clark* v. *Roe*, 4 Ir. C. L. p. 1; as express or actual malice, and that only, will sustain an action for defamation, where the occasion is privileged. Negligence in making the enquiry might render the Agency responsible to the subscriber for any damage he might suffer in consequence, but it will not destroy the privilege of the occasion. Watkin Williams, J., said in *Thomson* v. *Dashwood*:—"It is contended for the plaintiff
"that the defendant having carelessly put the letter in
"the wrong envelope, so that it reached the hands of a
"person with whom he had no such relation, the protec-
"tion of privilege is destroyed, and the case put into the
"condition in which the law implies malice. I think
"there is a fallacy in that contention. The defendant's
"state of mind was never altered. His intention was
"always honestly to do that which he considered to be
"his duty. I can see nothing to justify the conclusion
"as matter of law, that by reason of the defendant's inad-
"vertence the case is taken out of the category of privi-
"lege, so that malice should be implied. There is no
"direct authority on the question, though there have
"been cases to the effect that mere accident or inad-
"vertence in using language or publishing writing, on a
"privileged occasion will not supply the necessary evi-

1889.
Dun & Cossette.

" dence of malice in fact which will destroy the privi-
" lege." Mathew, J.: "Nothing more than negligence
" was shown, the letter was written honestly to the
" Chairman, and a mistake was made through the de-
" fendant's negligence. It is said that for the conse-
" quences of that negligence he is responsible. If that
" view be correct, on the same principle, this action
" would lie if all that the defendant did was to leave the
" letter about so that another could read it."

We have a still more recent exposition of the English law upon the subject, in the case of *Todd* v. *Dun et al.*, decided by the Court of Appeals of Ontario on the 10th of January, 1888.

One word now about the French jurisprudence. Mr. Justice Cross has referred to Dalloz, 1869 *supra*, page 11, *affaire Lanau*. But the case was one of publication volunteered and distributed to many subscribers who had no interest in the matter, as in *Carsley* v. *Bradstreet*. The agency was condemned. But the reporter has appended to this decision a very important note. He draws a distinction between that case and the case of agencies established in Paris, " dont les abonnés adressent par " écrit à l'agence une demande où sont indiqués le nom " de la personne sur le crédit de laquelle on désire être " édifié, et le genre d'affaires auxquelles elle se livre. En "réponse à cette demande et sur une fiche spéciale, l'agence " transmet à l'abonné le résumé des renseignements qu'elle " a recueillis." In the case reported, quite a different course had been pursued. The information had been given, continues the reporter in his note, " à intervalles périodi-
" ques, à chacun de ses abonnés, sans attendre de demande
" expresse et spéciale de la part de ceux-ci. Ces circon-
" stances ont leur importance et elles expliquent dans une
" certaine mesure au moins la condamnation prononcée
" par la Cour d'Aix (in Lanau) contre le directeur de
" l'agence de Marseilles, et l'absence de poursuites jusqu'à
" ce jour contre les directeurs des agences parisiennes
" établies depuis quelques années." The reporter or annotator continues: " La distribution à un certain nombre de

"personnes, de documents même confidentiels, pris séparé-
"ment, fait perdre à ces communications leur caractère
"originaire. Jur. Gén. Vo. Presse-Outrage, No. 867. En
"eût-il été de même, si au lieu de procéder comme il l'avait
"fait, l'inculpé se fût borné à agir, comme agissent
"d'ordinaire, à Paris notamment, les individus qui se
"livrent à l' industrie des renseignements commerciaux?
"Il est permis d'en douter. La remise à *un abonné déterminé*
"*sur la demande formelle de celui-ci* (these italics are in the
"text), et sans périodicité aucune, d'une fiche individuelle,
"ne peut à elle seule, créer la publicité nécessaire pour
"constituer le délit de diffamation."

Other interesting precedents will be found in the French reports. We find in Sirey, 1878, Part 2, page 181, the case of *Allemand* v. *La Sureté du Commerce*, which is another one of *publication*, decided on the 27th of April, 1878. It was, however, held that "le fait par une agence
"de renseignements de fournir à ses clients sur demande
"spéciale et formelle, en exécution d'un contrat intervenu
"entre l'agence et ses abonnés, des renseignements défav-
"orables sur le crédit d'un commerçant, ne constitue pas le
"délit de diffamation, alors d'ailleurs que les renseigne-
"ments sont fournis à titre confidentiel." The reporter adds: "Celui qui fournit des renseignements à une per-
"sonne déterminée, sur sa demande expresse, ne commet
"aucun délit, si défavorable que soient ces renseigne-
"ments. *C'est ce qui décident les auteurs pour le cas où un*
"*ancien maitre est consulté sur un domestique qu'il a employé.*

Then we have the case of *Lingois* v. *Lesauvage*, decided by the *Cour de Cassation* in 1883, and reported in *Journal du Palais* part, 1 p. 1148. This was also a suit for libellous publication by a Mercantile Agency, and a condemnation was rendered against its proprietors. "La circonstance," says the reporter, in a foot-note, "que
"les lettres avaient été adressées à un certain nombre
"de leurs clients leur enlevait tout caractère de confi-
"dence."

In the *Journal du Palais* for 1885, part 2, p. 21, will be found a similar decision of the Court of Appeals of Aix,

1889.
Dun & Cossette.

rendered on the 16th of November, 1883, where the same rule was laid down, *Trott-Lallemand v. Perard & Cie.*

The respondent, in his written factum in the Court below, has little or no reference to these decisions of the highest courts in France. He has relied especially upon the jurisprudence of the *Tribunaux de Commerce*. He has quoted *Moinier* v. *Grangier*, 33 Journal des Tribunaux de Commerce, p. 541. But this decision rested upon the bad faith of the Agency: "Attendu qu'il ne "saurait être admis que des agences de renseignements "puissent, sans courir aucune responsabilité, sous prétexte "de remise confidentielle, fournir de *mauvaise foi* sur des "commerçants, des communications inexactes ayant pour "le crédit de ceux-ci les conséquences les plus graves." p. 543.

As to the case of *Provost* v. *Vys, Muller & Cie.*, cited by the respondent, the Agency had not only reported upon the commercial standing of a trader, but *sur sa conduite privée*, 33 id. p. 488. In a note to this case, a reference is made to a decision of the *Tribunal de Commerce*, of the 28th of June, 1859, where the Agency was condemned in damages in favor of the subscriber for having furnished *sciemment des renseignements erronés*, 9 id. p. 200.

The respondent has quoted *Cayasse* v. *Franquin, Berne & Michel*, 13 id. 481, decided in 1862, by the *Tribunal de Commerce* of Seine: "Attendu que, *si les renseignements "donnés entre commerçants sur la solvabilité de telle ou telle "maison de commerce, sont essentiellement confidentiels*, il ne "saurait en être de même de prétendus renseignements "donnés par des individus *qui ne sont pas commerçants*, qui "se donnent à eux-mêmes la mission de donner, à "prix d'argent, des informations plus ou moins exactes sur "la solvabilité des négociants *qui sont ou ne sont pas leurs "abonnés*." This decision has been reversed in more recent cases and especially in the case reported in Sirey, 1877, part 1, p. 468, above referred to, where it was held that the business of an agency, like that carried on by the appellants, was commercial.

Respondent has also invoked a decision rendered in

1889.

Dun & Cossette.

1880, by the *Tribunal de Commerce* of Seine; but there, the statements were *intentionnellement mensongers*, 30 Journal T. C. 22.

It is perfectly evident that there is not so much difference between the French and the English law on the subject of mercantile agencies and of its privileges and immunities. As remarked by Mr. Justice Cross in *Carsley* v. *Bradstreet*, "the difference will be found more "in the practical application of the law than the "principles themselves." The French jurisprudence is perhaps more favorable to the agency, acting as the appellants did in this instance, upon a special request from an interested subscriber, and in a private and confidential manner. The communication being then confidential, no action for damages is possible under the French law, unless actual malice be proved. So says Mr. Justice Cross, quoting *Gareau des Injures*, vol. 1, p. 126: "What "in France would be considered a confidential communi- "cation, would not give a title to a claim for reparation, "unless dictated by actual malice, while in England the "same idea has given rise to a *multitude of fine distinctions* "*elaborated by the judges under the term of privileged communi-* "*cations.*"

The appellant lastly contended that the damages awarded were excessive.

Lamothe, for the respondent:—

Il faut partir du principe que c'est la *loi française* qui s'applique au cas, ainsi que la *jurisprudence française.*

L'hon. Juge Loranger dans la cause de *Carsley v. Bradstreet*, dit p. 35, (M. L. R. 2 S. C.) "It has been said by "the plaintiff's counsel that the French law must apply, "and *so do I* rule."

Principe confirmé par la Cour d'Appel, M. L. R., 3 Q. B. p. 97.

La jurisprudence anglaise et américaine sur la question de la responsabilite des délits et quasi-délits, est bien

1889.
Dun & Cossette.

différente de la jurisprudence française—bien qu'elle s'en rapproche sur certains points généraux.

Si donc il y a *jurisprudence française* sur le cas présent, il n'y a aucune nécessité de recourir aux précédents étrangers quelque excellents qu'ils puissent paraitre.

Les chemins de fer, par exemple, ont vainement tenté de se faire appliquer en cette province des immunités, sous prétexte *d'utilité publique*, qui leur sont souvent accordés aux Etats-Unis. Ils ont dû subir dans toute sa rigueur, l'application de nos articles, 1053, 1054. Voir *Cie du Grand Tronc & Meegan*, M. L. R, 1 Q. B. 364, et une foule de décisions dans le même sens.

Les appelants s'appuient sur des précédents *américains*, receuillis par eux-mêmes, et qui, en apparence, leur concéderaient l'immunité quant aux lettres adressées à des abonnés spéciaux et non répandues chez toute leur clientèle.

Mais même en se plaçant au point de vue des avocats américains, il faut, pour qu'une communication soit privilégiée trois conditions qui ne se rencontrent point dans le cas présent:

1o Que l'agence n'ait répondu *qu'aux questions posées* et non sur d'autres faits qui ne lui étaient pas demandés:

2o Que l'agence ait manqué complètement de moyens de contrôler ses renseignements:

3o Que ces renseignements ait été destinés à *l'usage exclusif* de ceux qui les réclamaient, et non pas à l'usage de toute la clientèle.

Ces trois conditions manquent dans le cas présent: 1o Hurteau & Frère demandaient des renseignements sur la *situation hypothécaire* de Cossette, uniquement. Or, l'agence a envoyé toute une série de faits faux concernant non pas la *situation hypothécaire* de Cossette, mais concernant *son honorabilité et son passé commercial*; 2o L'agence avait des moyens bien faciles de contrôler ses renseignements, moyens qu'elle a employés après l'institution de l'action: savoir recourir au bureau d'enregistrement quant aux prétendues hypothèques, recourir à Ross & Ritchie quant à ce prétendu compromis, recourir à Valley-

field à n'importe qui quant à sa solvabilité, son honorabilité, et son passé commercial; 3o Ces renseignements n'étaient pas destinés à l'usage seul de Hurteau & Frère, mais, dit le gérant de l'agence (Johnson), " *they would have* " *been communicated to any other subscriber if asked for.*" De plus, ces rapports exhibits A et B ont été envoyés à New York, pour être communiqués là aux souscripteurs de l'agence.

En voilà assez pour faire perdre à ces rapports le caractère de privilégiés, même aux yeux des légistes américains.

Mais c'est à la lumière de la jurisprudence française qu'il faut examiner cette cause. Et la jurisprudence française n'admet pas de distinction, *quant à la responsabilité civile,* entre un bulletin répandu chez toute la clientèle, ou une lettre écrite à un ou deux abonnés, ou même un renseignement faux fourni simplement oralement.

Ni la loi américaine, ni la loi anglaise, n'ont aucun texte semblable à nos articles 1053-1054. Notre loi ne fait pas distinction fondamentale quant à la responsabilité, entre un dommage causé par malice et de mauvaise foi, et un dommage causé sans malice et de bonne foi; savoir, entre les *délits* et les *quasi-délits.* Dans les deux cas, il y a responsabilité, moins grave seulement dans le second cas. C'est un élément qui influe sur l'évaluation des dommages à accorder, mais non sur la question de la responsabilité civile. *Laurent, t.* 20, *no* 480, *p.* 512....." Mais, en droit, on " ne peut pas exiger une condition (malice, mauvaise foi) " que la loi ignore. Le quasi-délit existe dès qu'il y a " *faute* la plus *légère.* La moindre imprudence suffit; telle " est la tradition, telle est la doctrine, telle est la jurisprudence. Pour qu'il en fût autrement, dans le cas de ren" seignements inexacts, il faudrait une exception écrite " dans la loi, et il est inutile d'ajouter que la loi ne fait " aucune exception à la règle générale et absolue de l'art. " 1382."

La jurisprudence française reconnait comme confidentiels des renseignements donnés pour rendre service à autrui, comme dans les cas suivants, par exemple : ren-

1889.
Dun & Cossette.

seignements fournis par un maitre sur un ancien serviteur, par un commerçant sur un commis, un correspondant, etc., par un citoyen quelconque sur un homme qui veut entrer par mariage dans une famille amie, etc. Mais ces renseignements sont fournis *gratuitement*, constituent un *service amical*; et non pas une marchandise à tant par mois ou par année, ou par rapport. Ce que font ces agences commerciales, c'est un commerce *moyennant rétribution*. Ce ne sont pas des services gratuits rendus entre égaux, entre personnes appartenant à la même industrie, etc.

C'est simplement un genre de commerce, dans lequel il y a *autant de concurrence* qu'ailleurs. Qui a jamais entendu parler d'un *commerce privilégié* au point de vue civil? Aussi la jurisprudence française a-t-elle placé le commerce des agences mercantiles sur le même pied que les autres commerces, quant à la responsabilité civile et ce par une longue suite de précédents.

En voici quelques-uns:

Journal des tribunaux de commerce, année 1884 (vol. 33), page 541.—Affaire *Moinier* v. *Grangier, Duriez & Cie.*

Il s'agissait de faits fort analogues à ceux de la présente cause Cossette. L'agence de renseignements *Grangier, Duriez & Cie* avait fourni *un seul* abonné du nom de *Soudée* des renseignements inexacts sur le compte de Moinier. L'agence a plaidé ce que plaident Dun & Wiman, savoir: caractère confidentiel de leurs communications, contrat spécial, etc.; elle a allégué de plus que Moinier n'avait pu connaître leur rapport que par voie illégitime, attendu que ce rapport n'avait été donné qu'à *Soudée* et *confidentiellement*. Et cependant l'agence a été condamnée.

Jugé: "L'agence de renseignements qui, consultée sur "la situation d'un commerçant, délivre une fiche relatant "des faits inexacts et préjudiciables au crédit de ce commer-"çant, est passible de dommages-intérêts. Il importe peu "que cet avis soit confidentiel, délivré sans aucune garan-"tie, ou que ce commerçant soit vendeur et non "acheteur."

Journal des tribunaux de commerce, année 1883 (vol. 32)

1889.

Dun & Cossette.

page 488.—Affaire *Prévost & Bougourd* v. *Vys, Muller & Cie.*

L'agence *Vys, Muller & Cie* avait transmis, au moyen de lettres personnelles et confidentielles à DEUX de ses abonnés seulement, des renseignements inexacts sur le compte de *Prévost & Bougourd.* L'agence a été condamnée à deux mille francs de dommages. Voici l'un des considérants :—"Attendu que si l'on doit admettre que les " agences dont l'industrie consiste à recueillir et donner, " *moyennant rétribution*, des renseignements sur la solva- " bilité des commerçants, le *font à leurs risques* et périls et " ne peuvent éviter la responsabilité du préjudice pouvant " résulter de leurs déclarations....."

Nous citons aussi particulièrement l'affaire *Cayasse & Cie.*, rapportée au *Journal des tribunaux de commerce*, année 1864 (vol. 13) p. 481. Du rapport de la cause il ressort qu'il s'agissait *d'une lettre* confidentielle adressée par l'agence Cayasse et Cie *à la maison Franquin & Berne* sur le compte de Michel, négociant. Action en dommages-intérêts de la part de Michel *vs.* Cayasse & Cie.; action en garantie de la part de ces derniers contre Franquin et Berne, qui avaient communiqué à Michel une lettre confidentielle. L'agence Cayasse & Cie. a été condamné et son action en garantie renvoyée.

"Attendu que si les renseignements *donnés entre commer-* " *çants* sur la solvabilité de telle ou telle maison de com- " merce sont essentiellement confidentiels, il ne saurait en " être de même de prétendus renseignements donnés par " des individus qui ne sont pas commerçants et qui se " donnent à eux-mêmes la mission de donner, *à prix* " *d'argent*, des informations plus ou moins exactes sur la " solvabilité des négociants qui sont ou ne sont pas des " abonnés."

La *Cour d'appel* de Paris a confirmé ce jugement : "Con- " sidérant que les agences dont l'industrie consiste à re- "cueillir et donner, *moyennant rétribution*, des renseigne- " ments sur la solvabilité des commerçants, ne peuvent le " faire qu'à leurs risques et périls, et *ne peuvent décliner* la

1889. Dun & Cossette.

" responsabilité du préjudice pouvant résulter de leurs " investigations."

Les agences sont même tenues responsables si des renseignements inexacts sont fournis par un de leurs employés, et *frauduleusement, en cachette des maîtres de l'agence*.. Voir *Journal des tribunaux de commerce*, année 1881 (vol. 30), p. 22.

Elles sont même tenues responsables non seulement envers le commerçant dont elles injurient le crédit, *mais aussi envers le commerçant fournisseur*, qu'elles trompent par des renseignements inexacts : *Journal des tribunaux de commerce*, année 1884, p. 572, et année 1885, p. 47.

Ces renseignements avaient bien été fournis à une seule maison de commerce ; cependant le *privilége* n'a pas été maintenu. Ainsi nous sommes loin de l'inviolabilité de ces communications, nous sommes rendus à la *double responsabilité* des agences, tant envers le commerçant qui reçoit les faux renseignements qu'envers le commerçant qui en est l'objet.

Quant aux causes dans lesquelles il s'agissait de bulletins bi-mensuels ou hebdomadaires envoyés à tous les abonnés, elles abondent. Mais même dans ces causes, le principe de la responsabilité *a toujours été posé d'une manière absolue*, sans exception pour le cas de lettre à une seule maison de commerce.

Nous citons quelques-uns de ces jugements :

Sirey, Recueil Général des lois et des arrêts, I, 1883, p. 457. Jugement de la *Cour de Cassation* : On lit dans le rapport du conseiller-général : " Les communications que " l'on veut voir rester secrètes et confidentielles *ne se liv-* " *rent pas à prix d'argent*."

Journal du Palais, jurisprudence étrangère, 1885, p. 21. *Cour d'appel* de Liège, rejetant la théorie du prétendu secret des lettres et informations. On y lit :—"Attendu, en effet, que " les intimés, faisant profession de fournir, *moyennant* " *argent*, toutes espèces de renseignements commerciaux " aux négociants, etc."

Il s'agissait de renseignements fournis par lettres, par bulletins et aussi oralement. Il y avait contrat.

1889.
Dun & Cossette.

Journal des tribunaux de commerce, année 1885, p. 302; année 1877 (vol. 26), p. 16.

L'erreur et la bonne foi constituent un élément important lorsqu'il s'agit *d'estimation inexacte du crédit* d'un commerçant, mais jamais lorsqu'il s'agit de faits inexacts ou n'ayant jamais eu lieu, ou *représentés erronément*. Il y a même présomption de malice lorsque *les faits inexacts auraient pu être contrôlés par l'agence*. Dans le cas présent, nous prétendons qu'il y a *présomption évidente de malice*. Il importe peu que cette malice ait existée chez les employés du bureau de Montréal, ou chez l'employé qui a fourni les renseignements de Beauharnois au bureau de Montréal. L'agence est responsable des actes de *tous ceux qu'elle emploie*. Art. 1054. Voir *Journal des tribunaux de commerce*, 1885, p. 47, affaire Bédel & Chouillou, et 1881, p 22, déjà citée.

En résumé. La jurisprudence française n'admet pas de distinction en principe dans la responsabilité qu'encourrent les agences mercantiles en donnant des renseignements inexacts—que ces renseignements soient fournis à toute leur clientèle ou à un ou deux abonnés seulement.

Des renseignements fournis *à prix d'argent*, comme affaire commerciale et *non gratuits* ne peuvent être confidentiels. Dans le cas présent les communications n'étaient pas confidentielles, même au point de vue de la jurisprudence américaine et anglaise, parceque: 1o. Le caractère d'une communication se juge d'après sa nature, sa destination, et non pas d'après le fait *purement accidentel* qu'elle n'aurait été faite qu'à une ou plusieurs personnes. *Chacun des souscripteurs aurait pu l'avoir*. Ce n'était pas des renseignements recueillis pour l'usage exclusif de Hurteau & Frère, mais pour l'usage de *tout le public abonné*; 2o. On a donné des faits inexacts et libelleux *qui n'était pas demandés*; 3o. Il était très facile de contrôler ces renseignements. Il ressort de ce tissu de faussetés qu'il y avait *malice évidente*, soit de la part des employés des appelants à Montréal, soit de la part de leur correspondant à Beauharnois. Cossette aurait pu être ruiné, si une circonstance fortuite, (un incendie) n'eût amené la découverte de la fausseté de ces rapports.

1889.

Dun & Cossette.

CROSS, J. (*diss.*) :—

The respondent, a builder and owner of a saw-mill at Valleyfield, in the county of Beauharnois, brought the present action against the appellants. carrying on the business of a commercial agency or intelligence office at Montreal, under the firm name of Dun, Wiman & Co.

The claim was for $50,000 damages for false reports made by Dun, Wiman & Co. as to the commercial standing of the respondent, especially as regards hypothecs on his real estate.

By their pleas the appellants claimed that the information furnished by them was given to a firm of Hurteau & Frère, subscribers to their agency, under an agreement that it should be private and confidential, and without any warranty as to its correctness, and should not be divulged to any person whomsoever, more especially to the person reported on. That it was furnished only to Hurteau & Frère, and would not have been known to any but them, save for their indiscretion in communicating it to the respondent in violation of their agreement. It was furnished in good faith, without malice, in the belief that it was correct, and any errors therein were corrected as soon as discovered.

With this defence there was produced the agreement subscribed by Hurteau & Frère, containing the terms on which they were received as subscribers. It is as follows :—

" The said proprietors are to communicate to us, on request, for our use in our business, as an aid to us in determining the propriety of giving credit, such information as they may possess concerning the mercantile standing and credit of merchants, traders, manufacturers, etc., throughout the United States and in the Dominion of Canada. It is agreed that such information has mainly been, and shall mainly be obtained and communicated by servants, clerks, attorneys and employees appointed as our sub-agents, in our behalf, by the said Dun, Wiman & Co. The said information to be communicated by the said Dun, Wiman & Co., in accordance with the following

1889.

Dun & Cossette.

rules and stipulations, with which we, subscribers to the agency as aforesaid, agree to comply faithfully, to wit:

1. All verbal, written or printed information communicated to us, or to such confidential clerk as may be authorized by us to receive the same, and all use of the reference book hereinafter named, and the notification sheet of corrections of said book, shall be strictly confidential, and shall never, under any circumstances, be communicated to the persons reported, but shall be exclusively confined to the business of our establishment.

2. The said Dun, Wiman & Co. shall not be responsible for any loss caused by the neglect of any of the said servants, attorneys, clerks and employees, in procuring, collecting and communicating the said information, and the actual verity or correctness of the said information is in no manner guaranteed by the said Dun, Wiman & Co. The action of said agency being of necessity almost entirely confidential in all its departments and details, the said Dun, Wiman & Co., shall never, under any circumstances, be required by the subscriber to disclose the name of any such servant, clerk, attorney, or employee, or any fact whatever concerning him or her, or concerning the means or sources by or from which any information so possessed or communicated was obtained."

On the 28th of February, Hurteau & Frère received from the appellants a copy of the following report:—

" FIRST REPORT.

" OCTAVE COSSETTE, Saw-mill, } " Valleyfield, Que. }

"February 27, '86.—Find by the valuation roll of Valleyfield that he has three lots in Valleyfield—No. 1 cadastral No. 587, valued at $700, at Registry office. Find sale by licitation to Elizabeth Anderson, of this lot and several others; mortgaged for $4,000, payable to Antoine Leduc. Another for $6,000 to the corporation of St. Anicet. Sale dated 1st April, 1885. So that there is an encumbrance of $10,000 not discharged. This amount was due by the late Alex. Anderson.

1889.

Dun & Cossette.

"No. 2 cadastral 788, on which is the mill, valued at $3,200 by valuation roll, mortgaged for $160. Two dollars per year rent. *Rente foncière non rachetable.*

"No. 3 cadastral 851, valued at $1,200, clear.

His stock on lot 788 is valued by the corporation at $10,000."

This report seems to have been furnished in response to a demand by Hurteau & Frère requiring information as to the real estate possessed by the respondent at Valleyfield, and the hypothecs thereon. The principal partner, Arthur Hurteau, being absent, he did not get full communication of this report till the 10th of March, when, believing that it was erroneous, he sent their clerk Marchand, to inform the appellants of his belief, and to ask for a further enquiry and to have the report corrected. The appellants, about the 19th March, received a very favorable report as to the property and general standing of the respondent, but having no special reference to charges on his real estate. It was as follows :

"SECOND REPORT.

"Cossette, Octave, Saw-mill and Lumber. Valleyfield, Beauharnois Co., Que.

"March 18, 1886.—He owns personally and alone a large mill and all the property for his woodyard; would say that that property, taking its location, should be worth from $15,000 to $20,000, on which we are sure there was no mortgage a year and a-half ago. This gentleman has been doing a fine business, and the following statement, which is altogether true, will show it : In 1883, a gentleman by the name of Emile Prévost, who is now the proprietor of the Loudon Bros.' mill in this town, went in partnership with Mr. Cossette with a capital of $1,500. During twenty-two months that he was with him he increased his capital to $200 or $300 more. At the end of the twenty-two months they separated, and though he had to pay interest on the surplus and capital put in by Mr. Cossette, he got, when retiring, $6,000 cash from Mr. Cossette for his share in the partnership. Mr. Cossette

has been continuing to do a good—a very good—business since, and if we understand well, he has been particularly lucky in a contract which he has made for wood last summer at some place near Three Rivers. Mr. Cossettte owns some property besides that; he has his private house, worth about $2,500, and some other vacant lots; would think that, should he get out of business at the present time, he could realize a sum varying from $15,000 to $20,000 or, perhaps, $25,000. He is one of the joint contractors of the Longueuil church; he has built the market hall here, and has done good work; also, the Roman Catholic church, in partnership with Mr. E. Prévost, and there, also, they have succeeded to do splendid work. He is an active young man, married, about 32 or 35 years of age, of regular habits, honest, and attentive to business. We understand that he has always kept his mill and wood insured."

This report was read over to the clerk Marchand, as testified to by Dawes, clerk in the employ of the appellants, although Marchand says it was only in part read over to him.

A further report was received by the appellants, bearing date the 29th March, confirmatory of the first report as regards incumbrances on the real estate, and containing, besides, remarks as to the commercial standing of the respondent, concluding by recommending considerable care in transactions with him. A copy of this report was communicated to Hurteau & Frère, according to Hurteau's testimony, on the eve of a fire which occurred on the 2nd April, which destroyed respondent's saw-mill, causing him a loss of $20,000. It was in the terms following:—

"THIRD REPORT.

"March 29, 1886.—The valuation given in last report is considered about correct. He is not considered worth much over and above liabilities. He is a pontifical zouave. Began with no capital. Had to compromise in 1877 or 1878, with Ross, Ritchie & Co., lumber dealers, Three

1889.
Dun & Cossette.

Rivers. Started manufacturing at Valleyfield with Emile Prévost. They made some money, but last year, separated, and he paid Prévost $6,000 cash. Prévost, who is a smart fellow, then bought Loudon Bros.' saw-mill, and since then they have been at loggerheads. Last year, Cossette bought a large amount of lumber, without capital, and has now most of it, and cannot dispose of it. Looks for public honor. Has tried for the mayoralty several times. His business manager is not considered very capable : is said to be extravagant, and has failed when in business for himself. The impression is considerable care should be exercised in credit transactions."

After the receipt of this report, and on the day following the fire, Mr. Arthur Hurteau proceeded to Valleyfield to investigate matters, probably called there by the occurrence of the fire more than by the mere fact of such a report being made, but doubtless the two causes would have operated to make his visit an act of prudence. He then discovered that the reports one and three were altogether erroneous. The mistake obviously occurred by the investigator adopting wrong cadastral numbers as representing the property of Cossette. There could be no malice, but there was carelessness in the party through whom the information was obtained. It does not appear precisely when Cossette became aware of these reports, but it must have been before the 13th April, because on that day he called on the appellants and stated that their report of February, 1886, *in re* this property, was incorrect, and from the information there given by him the appellants made the following entry :—

" FOURTH ENTRY.

" Cossette, Octave—Sawmill and lumber ; Beauharnois, Valleyfield, Que., Canada—J. E. L., April 13, '86—Calls and states that our report of Feb. '86, *in re* his property is incorrect, that he does not own the properties there mentioned ; but that his properties are cad. Nos. sub. div., 141-d, 141-e, 141-8, 141-10, 141-11, 141-12, 141-13, in parish of Ste. Cecile, which cost $2,400, and are mortgaged for

$1,200 ; cad. Nos. 137, 138 and 142, in Valleyfield ; bought from sheriff for $1,440, clear, half of Nos. 507, 508, on which was his mill, lately burned, clear of encumbrance, and he shows us certificates from registry office, which carry out his statement as to properties. Denies also that he ever compromised with Ross, Ritchie & Co., says he had bought two barges of lumber from them, which he instructed them to send him in charge of a tug, but they did not follow out his instructions, and allowed them to sail without the tug, the barges got caught in a gale of wind and foundered, the amount of the purchase was $1,600, and he paid Ross, Ritchie & Co. $800, which he considers was more than they were entitled to, as they had not carried out his instructions."

Cossette could only have got his information through Hurteau & Frère, and in violation of their agreement with the appellants that it was to be confidential. The time in which he was discredited by the appellants was extremely limited, as well as the extent of such discredit, and, in fact, from the first they did not believe the agency's reports could be correct, and if any confidence was placed in them that was very soon removed.

The only attempt made to prove damage was that Cossette's order on Hurteau & Frère for three carloads of lumber had been countermanded by them after acceptance. Arthur Hurteau says they diminished his credit by one-half, and refused to renew his notes, but no facts are proved to substantiate these assertions. He owed Hurteau & Frère at the time $23,000. Emond, his bookkeeper, states that by his inventory, taken before the fire, he was worth $18,000. His loss by the fire was $20,000, so that his credit could not much depend upon his possessions. Nothing that occurred seemed to have greatly affected his credit for the worse ; at all events, immediately on ascertaining the true state of his affairs they offered to advance him the necessary means to rebuild his mill, and the municipality made haste to vote him a bonus of $2,500, and to make him a loan of $5,000.

The learned judge of the Superior Court was of opinion

1889. Dun & Cossette.

that Cossette had made out his case, that the information given by the appellants to Hurteau & Frère was false; that appellants had acted imprudently; that they had caused Cossette damage which he estimated at $2,000, and for which he gave judgment in favor of Cossette against the appellants. For this he relied somewhat on the precedent of *Bradstreet* v. *Carsley*, M. L. R., 3 Q. B., p. 83. Dun, Wiman & Co., now appeal from that judgment.

I think the present case differs from that of *Bradstreet* v. *Carsley*. In that case the commercial agency was held responsible, not for giving their customers information in confidence, but for voluntarily communicating to persons not interested and making public reports injurious to the credit of the party complaining. It is said that Cossette was injured by the culpable conduct of the appellants, and that he is consequently entitled to be indemnified by them. When other rules fail to establish liability, recourse is sometimes had to articles 1053 and 1054 C.C.; but too extensive a duty is thus expected from the declaration of a general principle. It is true that fault involves responsibility, but it should be a fault legally appreciable and a damage flowing directly from that fault, not the indirect or remote consequences of that fault. The information given in this case was under a contract between Dun, Wiman & Co., and Hurteau & Frère, and that information they agreed should be confidential. If Dun, Wiman & Co. violated that contract by giving untrue information, they were responsible to Hurteau & Frère for the damage they suffered as a consequence of that violation; they were not responsible for that violation towards Cossette, with whom they had not contracted, and who had no right to have communication of that information. The information thus given by Dun, Wiman & Co., was not the direct or immediate, but at most, the remote cause of Cossette's damage, if he suffered any. His immediate and direct cause of damage was the refusal of Hurteau & Frère to trust him; but Hurteau & Frère had an absolute right to refuse to give him credit with or irrespective of the intelligence in question; they might refuse from mere

caprice, and their refusal could give no action to Cossette, either against Dun, Wiman & Co., or against Hurteau & Frère. If Hurteau & Frère had a right to refuse, is it logical that their refusal gave Cossette a right of action against Dun, Wiman & Co.? It is not, for three reasons: First, he had no contract with Dun, Wiman & Co. Second, it was not Dun, Wiman & Co. who caused him the damage. Third, if any party was in fault it was Hurteau & Frère, by disclosing the information they obtained under agreement that it should be confidential.

It is argued that intelligence offices or commercial agencies such as that of Dun, Wiman & Co., have no more privilege than other individuals, and have to exercise their calling at their own risk and peril. This must be conceded; at the same time they are entitled to the same protection as would be extended to other individuals. They are no longer looked upon with suspicion, but are, on the contrary, recognized as a necessary institution without which an extensive business cannot now be carried on.

It has been assumed that there is a difference between the English and the French law on the subject, and that this case should be decided by the French law. I cannot entirely agree with this proposition. It was only by the Constitutional Act, 14 Geo. 3, c. 83 of the Imperial Parliament, that the previously existing laws and customs of Canada under French rule were adopted as regards controversies concerning property and civil rights; it transferred to Canada the customs of Paris as then existing, and did not even import the French ordinances relating to commerce; at the most it only recognized the customs of trade prevailing at that time in the colony. How then can it be contended that we are to be governed in this matter by the views of the modern commentators on the law of France? As lights of reason we may refer to them, although it is more natural that we should look for wisdom and the perfection of the law in the experience of such great centres of commerce as England and the United States. The law merchant is moulded and shaped

1889.
Dun & Cossette.

by the ever varying exigencies of trade, and is likely to be most advanced in the greatest centres of trade. I think the differences in the laws of civilized countries are more rare than is generally imagined, and when closely examined these differences are often minimized or wholly disappear. It is desirable that it should be so.

I find no great difference in the law of the two countries on the subject in controversy; confidential communications are protected in both countries. In England the principle has had more frequent practical application than in France. I do not find the laws of England and of France so divergent as regards the principles applicable to this case. I think both recognize the inviolability of confidential communications. The principle has had more frequent and more practical application in England than in France, but both systems lead to the same conclusion. When made in good faith, on a suitable occasion, without malice, they do not involve responsibility, although they may be incorrect or even defamatory in their terms.

For the French law I cite here l'Ancien Dénisart, *verbo* Lettres missives, vol. 2, p. 49.

" Il n'est pas toujours permis de se servir des Lettres " Missives dans les affaires; il est des cas où celui à qui " elles sont écrites, ne peut les mettre au jour sans crime, " surtout lorqu'elles ont été écrites avec mystère, et " qu'elles renferment des confidences. Le crime est encore " plus grand, lorsqu'on dévoile le secret d'une Lettre, " dans l'unique but de faire injure à l'auteur, et qui a cru " pouvoir ouvrir son cœur sans craindre de voir révéler ce " qu'il n'écrivait que pour un ami, et ce qu'il voulait " n'être sçu de personne.

" La Justice, dans ces sortes d'occasions, a toujours or- " donné que les Lettres Missives seraient rendues, quelque " relations qu'elles pussent avoir à l'affaire. Son motif a " été, que le dépôt du secret ayant été violé, on ne devait " y avoir aucun régard.

" Ces principes sont encore consacrés par un arrêt " célèbre du 24 juillet 1717, par lequel la Cour a renvoyé de

1889.

Dun & Cossette.

" l'accusation un Curé d'Orléans, auquel son Evêque avait " fait faire le Procès sur le fondement d'une Lettre qu'il " lui avait écrite, contenant des difficultés sur la Bulle " Unigenitus. Le Curé disait qu'une Lettre n'étant " qu'une espèce de conversation écrite, dans laquelle, selon " les maximes de la Loi naturelle, il doit être permis de " s'expliquer avec une certaine liberté, on n'avait pu sans " injustice abuser de la confiance et de la sincérité avec " lesquelles il s'était expliqué.

" La Cour vient encore de juger, par arrêt rendu au " rapport de M. Pasquier, le 11 août 1760, que, quoique " les preuves résultantes des Lettres écrites par un sieur " Everat à son fils, fussent très concluantes contre eux, on ne " pouvait cependant les leur opposer; parcequ'il était " évident que ces Lettres avaient été interceptées par les " sieurs Boisleve, qui les produisaient, et qu'il n'est pas " permis d'employer de pareilles voies pour se procurer " des titres et les opposer.

" Le Ministère public ne peut pas rendre plaintes de " faits écrits dans des Lettres privées adressées à un ami, " envoyées par la Poste, et non divulguées: on ne peut " faire passer des faits consignés dans ces Lettres, pour " une déclamation et pour libelles diffamatoires. Il a été " jugé en pareil cas, que le Procureur du Roi était sans " intérêt, et qu'il n'y avait que la distribution dans le " Public, qui pouvait les faire passer pour libelles, et nul- " lement les choses secrètes confiées à la Poste, que tous " les Peuples sont convenus de ne pas violer, et par le " moyen desquelles l'union et la correspondance s'entre- " tiennent entre toutes les nations; c'est qui résulte d'un " arrêt rendu le 3 août 1735, en la Tournelle criminelle.

" Dans l'espèce de cet arrêt, un Intendant du Marquis " de Nesle avait écrit à un de ses amis dans des termes peu " honorables pour ce Marquis. Celui-ci en avait fait " rendre plainte par le Procureur Fiscal de sa Terre. Les " Officiers des lieux s'étaient transportés de nuit chez l'ami " auquel les Lettres avaient été adressées, les avaient en- " levées, et decrété l'écrivain. Sur l'appel, le Marquis de " Nesle intervint; et par l'arrêt, on a mis hors de Cour

1889. Dun & Cossette.

" sur l'intervention : à l'égard des Officiers leur procédure " a été infirmée avec dépens."

Dareau, in his Traité des Injures, cites these arrêts, and approves of the principle they involve.

Laurent vol. 20, p. 512, No. 480, makes the following remarks :—

" Dans les procès que nous venons de rapporter, les ren- " seignements et recommandations avaient été donnés de " mauvaise foi, en ce sens que celui qui les fournissait en " connaissait l'inexactitude. Est-ce à dire que ce soit là " une condition requise pour qu'il y ait lieu à responsa- " bilité de ce chef ? La Cour de Gand le dit : il faut une " faute pour qu'il y ait fait dommageable dans le sens de " l'article 1382 : et, dans l'espèce, porte l'arrêt, cette faute " ne peut exister que pour autant que les renseignements " sont erronés et sciemment erronés."

As to the English law, the doctrine on the subject has assumed the name of privilege. I take as the most correct definition of the term Lord Campbell's explanation of it, given in the case of *Hanson* v. *Bush*, 15 Ellis & Blackburn's reports, p. 348, which I quoted in the Carsley case :—

"A communication made *bonâ fide* upon any subject " matter in which the party communicating has an " interest, or in reference to which he has a duty, is priv- " ileged if made to a person having a corresponding inter- " est or duty, although it contained criminatory matter " which without this privilege would be slanderous and " actionable."

I cite from Holt on Libel, page 208 :—

" The law, however, respects communications made in " confidence, notwithstanding they may be false and " erroneous, and prove injurious to the party. But if the " communication be malicious, as well as false, and under " the cloak of private confidence be meant to defame, it " is no longer within the protection of the rule."

The same author, page 201 : "A letter written confi- " dentially to persons who employ A as their solicitor, " conveying charges injurious to his professional character

" in the management of certain concerns which they had " entrusted to him, and in which B, the writer of the " letter, was likewise interested, cannot be considered a " libel, and made the subject of an action for damages."

The truth or falsity of the communication is immaterial, provided it is made in good faith, without malice. In the case here cited the interest and duty existed in the party communicating the information, and the interest existed in those to whom it was communicated.

The foregoing remarks lead me to the conclusion that Dun, Wiman & Co., being in good faith and without malice, had a right to avail themselves of their contract that the information they furnished Hurteau & Frère should be kept secret; that the communication by Dun, Wiman & Co. to Hurteau & Frère of the information in question under the circumstances gave no right of action against them (Dun, Wiman & Co.); that said information having come to the knowledge of Cossette through Hurteau & Frère, could not give him (Cossette) any right of action against Dun, Wiman & Co.

I am, therefore, of opinion that the judgment appealed from should be reversed and Cossette's action dismissed.

DORION, Ch. J. (for the majority of the Court) :—

The appellants, who are carrying on at Montreal the business of commercial agents, and keep an intelligence office, have communicated to Messieurs Hurteau & Frère, who were doing business with the respondent, false information concerning the credit of the respondent and mortgages affecting his property, and for this they have been condemned to pay $2,000 damages.

It is not denied that the information conveyed to Hurteau & Frère was false, but the appellants contend that the information was given in good faith and confidentially to one of their subscribers, and that it is therefore in the nature of a privileged communication which cannot give rise to an action of damages against them.

The action rests upon two well known principles of

1889.

Dun & Cossette.

the French law, to be found in Articles 1053 and 1727 of the Civil Code.

"Every person capable of discerning right from wrong "is responsible for the damage caused by his fault to "another, whether by positive act, imprudence, neglect, "or want of skill." (Art. 1053.)

"The mandator is bound in favour of third parties for "all the acts of his mandatary done in execution and within "the powers of the mandate, except in the case provided "for in Art. 1738 of this Code, and the cases wherein by "agreement or the usage of trade, the latter alone is "bound.

"The mandator is also bound for acts which exceed "such power, if he have ratified them either expressly or "tacitly." (Art. 1727.)

The exceptions mentioned in this last article do not apply to the present case, and therefore the appellants must be dealt with according to the general rules laid down in these two articles. They were asked by Hurteau & Frère, who were large creditors of the respondent, to report to them the amount of mortgages affecting his property. Upon information from their agents, they reported that his property was mortgaged to the amount of $10,000, which was not true, and they further reported that he had recently compromised with one of his creditors, the firm of Ross, Ritchie & Company, which also was untrue, and further that the impression was that considerable care should be exercised in credit transactions, which was uncalled for and not justified by the circumstances.

The appellants seem to have been led into error by the act of their agent, who committed the error of reporting that mortgages which affected other lots applied to those belonging to the respondent.

The Articles above quoted do not speak of good faith, nor of privileged communications, as exemption from damage through imprudence, negligence or want of skill.

This agent of the appellants, who committed the error of taking certain lots for others and of reporting unfavor-

ably and injuriously to the respondent, has done so either by malice, imprudence, negligence or want of skill, for it was the easiest thing possible, owing to the perfection of our system of registration, to ascertain the registered owner of any particular lot of land in a registry division, and the charges and mortgages affecting the same.

It is no excuse in the mouth of the appellants to say that they were in good faith. They have proffered certain informations which were false, and they have not taken the proper precautions to ascertain if they were correct or incorrect—and they are consequently responsible for the damages which have resulted to the respondent.

The contention of the appellants, that this was a confidential communication made to Hurteau & Frère, and that the character of such communication relieves them from responsibility, has no foundation in the French law. To be privileged, a communication relating to purely civil matters as this one was, must be based upon the truth of the facts to which it relates, and a party is never justified in communicating an injurious report without ascertaining its truth, especially when, as in this case, it was possible to obtain through public registers and records the most reliable information.

The report in the present case bears evidence of gross carelessness and negligence, and I can find nothing in the case to relieve the appellants from the responsibility for damages done to the respondent.

We have had some difficulty in ascertaining the amount of damages suffered by the respondent—although it appears clearly that he suffered some damages—for it is in evidence that Hurteau & Frère, who were his principal creditors, curtailed the extent of his credit with them, in consequence of the unfavorable report they had received from the appellant, and refused to despatch to him three car loads of lumber which he had ordered from them. The precise amount of damages which he has thereby suffered does not appear to be clearly established, and we are of opinion that the sum of $2,000 allowed by

1889.
Dun & Cossette.

the Court below is much too high, and we reduce the amount to the sum of $500.

The judgment in appeal is as follows:—

" The Court, etc.....

" Considering that the appellants have, through the gross negligence and carelessness of their agent, communicated to their customers, A. Hurteau & Frère, information concerning the hypothecs affecting the real estate of the respondent, which was erroneous and untrue, and which was calculated to injure and damage the credit and commercial standing of the respondent;

"And considering that the appellants are responsible for the damage and injury which the respondent has suffered from such report;

" Considering that, in the judgment appealed from, to wit, the judgment rendered by the Superior Court at Montreal, on the 12th of November, 1887, there is no error save and except as to the amount of damages ($2,000), which is excessive, and should be reduced to the sum of $500;

" The Court doth reform the said judgment, and doth reduce the damages thereby awarded, to the sum of $500, and doth condemn the said appellants to pay to the respondent the said sum of $500, with interest on the said sum of $500, from the 12th May, 1886, date of the service of the action, and doth condemn the said appellants to pay to the respondent, the costs by him incurred in the Court below, and doth condemn the respondent to pay to the appellants the costs by them incurred in this Court, said costs to be taxed in this Court as in a cause of the second class."

Judgment reformed as to damages.

Girouard, de Lorimier & de Lorimier, attorneys for the appellants.

Trudel, Charbonneau & Lamothe, attorneys for respondent.

(J. K.)

May 28, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

THE MONTREAL STREET RAILWAY Co.,
(*Plaintiffs in Court below*),
APPELLANTS;

AND

W. F. RITCHIE,
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Malicious proceedings — Damages — Injunction allowed after notice and subsequently dissolved—Prête-nom—Malice—Reasonable and probable cause — Injunction Act, Q., 41 V. c. 14.

HELD (Cross, J., diss.): — 1o. That no action lies for damages resulting from the issue of an injunction, unless such proceeding has been taken maliciously and without probable cause.

2o. That the terms of the Statute, Q. 41 Vict., cap. 14, sec. 4, providing that the writ of injunction shall not issue unless the person applying therefor first gives good and sufficient security "for the costs and "damages which the defendant, or the person against whom the writ "of injunction is directed, may suffer by reason of the issue thereof," are not to be construed as giving a right to damages *pleno jure* from the mere fact of the dissolution of the injunction, and without proof that the petitioner for injunction acted maliciously and without probable cause.

3o. That when a temporary injunction is allowed to issue after due notice to the defendant, and when an opportunity is thus afforded him of rebutting the charges contained in the petition for injunction, such defendant cannot subsequently claim damages for the improvident issue of the writ, if he neglects to avail himself of the opportunity of denying these charges before the writ issues.

(*Per totam curiam*):

4o. That the fact of the petitioner for injunction being a *prête-nom* for others, who are not proved to represent an adverse interest or to have acted maliciously, cannot afford any presumption of malice or of want of probable cause against such petitioner.

5o. That in the present case the published statements of the Company gave the respondent reasonable and probable cause for his proceedings.

APPEAL from a judgment rendered by the Superior Court,

1889.

Montreal Street Ry Co. & Ritchie.

Montreal (JOHNSON, J.), on the 10th November, 1887, dismissing the plaintiffs' action.

The plaintiffs (now appellants) sued the defendant for damages, alleged to have been suffered by them in consequence of a writ of injunction issued against them, at his instance, to restrain them from declaring their yearly dividend. The declaration sets forth that on the 7th of October, 1886, the defendant presented a petition supported by his affidavit, to the Superior Court at Montreal, alleging that the capital of the Montreal Street Railway Company was impaired, that their financial statement for the preceding year (1885) was at variance with the true state of the Company's affairs, exhibiting grossly exaggerated values of the Company's property in the attempt to make the capital appear intact, and containing large items of assets which were wholly fictitious, and calculated to deceive the stockholders; that the directors intended to declare a dividend wholly unjustified by the condition of the Company's affairs, and only based on the expectation of future profits; and praying that the Company and its directors should be restrained from declaring and paying any dividend or bonus for the financial year 1886, or any other dividend or bonus, so long as their capital remained impaired. The declaration further sets forth that on the 9th October, 1886, His Honor Mr. Justice Taschereau, after hearing the parties by their respective counsel, ordered a writ of injunction to issue as prayed, provided the petitioner gave security to the extent of $10,000; that security was duly lodged, and a writ issued against the Company; that after issue joined on said petition the parties went to trial, and the same judge eventually dismissed the said petition, and dissolved the temporary injunction previously granted by him, holding that the Company's capital was not impaired, and that the directors were justified in declaring a dividend for the year 1886. The plaintiffs further charge that the defendant only became the holder of shares in the plaintiff Company shortly before the institution of said proceedings, and for the sole purpose of taking them; that the said proceedings

were unfounded and vexatory, malicious, and taken without probable cause, and that the defendant acted in collusion with other parties interested in the depreciation of the Company's assets, with intent to injure its credit and financial reputation. Damages are laid at the sum of $20,000 for injury to credit, and for various sums alleged to have been paid to counsel, accountants, and other experts, in order to obtain the dissolution of the injunction.

The defendant (now respondent) pleaded to this action that he had taken the proceedings referred to in good faith and without malice, believing the same to be in the interest of the shareholders generally, and without any intent to injure the credit or financial reputation of the Company, but in the hope of improving the same, and placing it on a more stable basis; that the defendant shared the widespread suspicion existing among business men in the city of Montreal at the time of said proceedings as to the soundness of the Company's affairs, and believed that a thorough investigation thereof would be beneficial to the shareholders; that all the allegations made by him in his petition for a writ of injunction were made with reasonable and probable cause, and were based on public records, and more especially on the financial statement submitted by the directors of the said Company to their shareholders, at the annual meeting in 1885, which statement was misleading, and justified the defendant in taking his proceedings; that the plaintiffs themselves admitted the misleading and incorrect nature of said statement, by publishing a new and altered statement of their affairs during the pendency of the injunction proceedings; that the injunction in question was obtained by defendant after due notice to the Company, after an exhaustive argument by their counsel, and upon his making out a *prima facie* case to the satisfaction of the judge who afterwards dissolved the injunction. The defendant further averred that the Company had suffered no damage in consequence of his proceedings, but that on the contrary the result had been to establish its finan-

1889.

Montreal Street Ry Cy. & Ritchie.

cial credit and standing on a more secure basis than before.

The issues were closed in the usual way and the case was tried at *enquête and merits* before His Honor Mr. Justice Johnson.

The proof established that the respondent gave notice of his petition for injunction to the Montreal Street Railway Company, who appeared by counsel and resisted the application. The only affidavit filed by the Company was that of their manager, who stated that Mr. Ritchie acquired his shares a short time before the institution of the proceedings, and that the directors had not yet decided whether a dividend would be declared, as they had not examined the accounts or learned the probable results of the year's business. Mr. Lusher, when subsequently examined as a witness, stated that at the time he made this affidavit he had no reason to doubt that there would not be a dividend.

The proof further established that on the 9th October, 1886, His Honor Mr. Justice Taschereau, after hearing the arguments for and against the petition, ordered a temporary writ of injunction to issue restraining the directors from declaring a dividend during the pendency of the suit, provided the petitioner gave security to the extent of $10,000. This amount was duly deposited, the case went to trial, and the same judge ultimately dissolved the injunction, holding that the Company's capital was not impaired, and that the net profits of their business justified the directors in declaring a dividend. Copies of both of these judgments were filed in the present case.

It was also proved that the respondent had acquired shares in the Company a short time before taking his proceedings, and that he had resold them after the termination of the suit. It was not shown that he represented an adverse interest, but that he had acted in concert with his attorney of record, who had purchased his qualifying stock, furnished the security required, and verbally undertaken to look after the costs. The latter gentleman on being questioned as to the source from

which he obtained the money so deposited, refused to reveal it on the ground that he had acted in his capacity of attorney and could not disclose matters communicated to him professionally. The question does not appear to have been pressed, and the deposition shows no ruling on the point. The trial judge states in his opinion that Mr. Ritchie's attorney added "not perhaps strictly as "evidence, but by way of personal explanation, that a "number of influential stockholders originated and ap- "proved the action to prevent a dividend, and Mr. Rit- "chie was qualified for the express purpose." (M. L. R., 3 S. C. 235).

The respondent produced the Company's financial statement for 1885, on which his petition for injunction was based, showing that the asset complained of, amounting to $165,216.77, figured in the capital account under the heading of an "amount charged off assets left in suspense since 1877." He also produced their statement for 1886, prepared during the pendency of the injunction proceedings, showing that this amount had been removed from capital account and placed to the Company's debit in the profit and loss account. The statement of 1886, and the evidence of the president and manager established that this amount of $165,216.77 had been wiped out and removed from capital account (all but a balance of about $7,000) by applying thereto an amount of $89,600.15 reserved from accumulated profits of previous years, and by $40,000 of the earnings of the current year. These witnesses also produced the Company's report for 1886, which stated that the directors, in accordance with the resolution of the shareholders at their last annual meeting, had disposed of the amount of $165,216.77 in the manner above indicated.

The respondent also produced a report made to the directors by their assistant superintendent in 1884, claiming that their assets were over-estimated to the extent of $101,000, and urging them to place their affairs on a better footing.

1889.

Montreal Street Ry Co. & Ritchie.

The Company made no proof of damage to credit. The appellants' stock is shown to have risen when the injunction was finally dissolved, and it only suffered a temporary drop during the pendency of the proceedings. They established, however, that they had paid out various sums amounting to $1,904.85 (not included in their taxed bill on the dismissal of the respondent's proceedings) to counsel, accountants and valuators who assisted them in their defence.

The judgment of Mr. Justice Johnson dismissing the appellants' action, and his opinion, will be found reported in M. L. R., 3 S. C., pp. 232-238.

H. Abbott, Q. C, for the appellants:—

By the terms of the Injunction Act damages flow from the dissolution of the injunction, without proof of malice or of want of probable cause. This is the rule in the United States where similar injunction bonds are required.

High, on Injunctions, Vol. 2, ch. 32, §§ 1619-20.

Hilliard, on Injunctions, ch. 2, §§ 1-4, 27, 32, 40 and 52.

On the second point the appellants submit that the respondent is estopped from pleading probable cause by the fact of his being a mere *prête-nom* for others. He had no real interest in the Company, as he qualified for the express purpose of taking the proceedings, and he did this at his own risk.

Forrest & Manchester Ry., 7 Jurist (N. S.) 888-9.

Montreal Telegraph Co. v. *Low*, 27 L. C. J. 257.

As to probable cause, there was nothing misleading in the Company's statements. The change in the statement of 1886 was made in pursuance of a resolution of the shareholders passed the previous year. Nor was it the duty of the appellants to make proof, on the preliminary application, of the falsity of the petitioner's allegations, and so to protect him from the consequences of his own acts.

As to damages, the bill of expenses incurred by the Company in making out their defence ought to be allowed. In the United States counsel fees were allowed as dam-

ages resulting from the dissolution of injunctions. *Hilliard* and *High* (sup. cit.).

M. S. Lonergan and *E. Lafleur*, for the respondent:—

No distinction can be drawn between injunctions and other civil proceedings in regard to damages to which they may give rise. Under the French as under the English law, no action for vexatory proceedings will lie unless they are taken maliciously and without probable cause. The Injunction Act does not alter the common law in this respect, but merely provides that security shall be given for all costs and damages which may be awarded according to the principles governing the subject. The American authorities cited are inapplicable, and are based on the interpretation of special statutes.

As to the objection that the respondent had no real interest and acted at the bidding of others, our law allows such a proceeding. A *prête-nom* is merely a tacit mandatary, clothed with all the privileges, rights and disabilities of his mandator.

6 *Toullier*, No. 178.

R. de Villargues, vo. 'Prête-nom.'

8 *Marcadé & Pont*, sur art. 1998, No. 1078, p. 615.

4 *Aubry & Rau*, pp. 635-6, §410.

There can be no presumption of malice or of want of probable cause arising from a relation permitted by the law. Of course the *animus* of the persons for whom respondent acted might be invoked against him, but here there is no suspicion of sinister motives.

The statements of the Company, and the report of their assistant superintendent gave respondent ample grounds for his proceedings. And though he failed to get his injunction finally maintained, he converted his adversary, as is shown by the alteration of the statement during the pendency of the proceedings. Moreover the appellants should have furnished explanations when they appeared to resist the issuing of the injunction after due notice.

Joyce, on Injunctions, Vol. 2, p 1309.

As to damages, the appellants have only shown that they had paid fees to counsel and experts outside of their

1889.

Montreal Street Ry Co. & Ritchie.

taxed bill, and these are obviously nothing more than 'extra costs' which cannot be recovered as damages.

Cox & Turner, M. L. R. 2 Q. B., 278.

Mayne, on Damages, 3d Ed., p. 399.

Quartz Hill Gold Mining Co. v. *Eyre*, L. R., 11 Q. B. D. 682.

CROSS, J. (*diss.*):—

The members of the Court are substantially agreed on all the main points of this case. They are unanimously of opinion that the action complained of was not taken maliciously against the Montreal Street Railway Company by the present respondent.

But, in defending the proceedings for injunction so brought against them, the Company were put to considerable expense in getting accountants and experts to examine the statements and valuations of the Company's affairs, and they also expended a considerable amount in counsel fees before they succeeded in getting the injunction dissolved. The question which presents itself to me is whether these charges should be recovered as damages by the Company.

I am of opinion that they should. When a party takes the responsibility of asserting that a company is in a bad position, and it costs money to explain things satisfactorily, I think the expense should fall on the party who takes the risk of these proceedings.

The authorities quoted at the argument appear to me to bear out this view of the case. Sect. 4 of the Statute of Quebec, 41 Vict., c. 14, specially requires a petitioner to give security to cover costs and *damages*.

Under the circumstances I should have been of opinion to allow a moderate indemnity to the Company for fees of counsel, accountants and experts, but the majority of the Court entertain a different opinion, and the judgment will therefore be affirmed.

CHURCH, J.:—

The respondent caused a writ of injunction to issue to

restrain the Montreal Street Railway Company from declaring a dividend. There can be no doubt that the appellants were perfectly informed of the circumstances on which the respondent relied. These circumstances had been the subject of discussion at various meetings of the shareholders, and were matters in regard to which the directors of the Company could not be ignorant. When the respondent made his application for the issuing of a writ of injunction no attempt was made by the Company to clear up or deny the matters of fact set forth in the petition. The judge before whom the injunction was sought, after hearing the parties by their counsel and examining affidavits produced on both sides, thought proper to allow the writ of injunction to issue. This fact is about the best answer furnished to the claim now put forth by the appellants. The injunction issued, security was lodged, a long enquête took place, and a strong effort was made on the part of the petitioner to justify the position he had assumed; but the injunction was finally dissolved. Now the Company claim damages alleged to have been suffered by reason of these proceedings. They bring before the Court an account for expenditure amounting to nearly $2,000. There is a sum of $450 for the expert evidence of four accountants. The Company had a capital of $600,000, and was carrying on business presumably with an office staff sufficient for its requirements. The experts examined could not be so well informed in regard to the affairs of the Company as the officers themselves, nor could they obtain the requisite information to enable them to explain its true financial condition by a cursory examination of its affairs as could the officers who were daily engaged over the Company's books. Yet all this additional and apparently unnecessary expense has been incurred. Then nine hundred dollars were paid to attorneys, and six or seven hundred to experts for valuations of the Company's assets. All this seems to be the best evidence that the affairs of the Company were in such a state that the respondent had good reason for

1889.

Montreal Street Ry Co. & Ritchie.

making an enquiry into them. Else why all this outlay and research ?

The Court would not have been indisposed to allow a moderate sum for counsel fees, etc., if it had been satisfied with the published statements of the Company's affairs. But it appeared that the administration of the Company was in a very unsatisfactory condition. Here, for instance, was an item of $165,000 left year after year in an absolutely unintelligible condition. I have looked carefully over the evidence, and I think that any one having a legal interest in the Company was justified in enquiring into its position under the circumstances which have been proved. I cannot but think that had the Company manifested one-tenth part of the interest in showing cause against the issue of the injunction, that it did afterwards to have it dissolved, and had it treated its stockholder (the petitioner) with a little more consideration, all, or nearly all, this great expense and outlay would have been averted. The judgment will therefore be confirmed with costs.

Bossé, J. :—

L'action de l'appelante est pour dommages résultant de l'émanation d'un bref d'injonction, et la déclaration contient les allégués ordinaires de malice et d'absence de cause probable. Cette Cour est unanime à déclarer que l'appelante n'a prouvé ni malice, ni absence de cause probable de la part de l'intimé dans les procédés qu'il avait pris pour obtenir le bref d'injonction, mais l'un des membres de la Cour serait d'avis néanmoins d'accorder à l'appelante certains montants payés à ses avocats et experts, et non compris dans les frais taxés en sa faveur sur le jugement qui a cassé le bref d'injonction. Pour ma part je ne vois pas en vertu de quel principe l'intimé peut être condamné à une réparation si l'on admet qu'il a agi sans malice et avec cause probable. Les avocats de l'appelante ont prétendu à l'audience que le seul fait de la dissolution de l'injonction rendait l'intimé passible des dommages causés par l'émanation du bref, parce qu'il

avait dû fournir un cautionnement pour garantir l'appelante de frais et dommages qui pourraient résulter de l'injonction, et l'on a cité quelques autorités américaines à l'appui de cette prétention. Mais je ne vois rien dans la loi qui puisse justifier une telle distinction. Le principe qui a de tout temps été appliqué aux actions en dommages pour poursuites malicieuses est que le demandeur doit alléguer et prouver malice et absence de cause probable, et ce principe doit s'appliquer à un bref d'injonction comme à toute autre procédure civile. Le cautionnement ne change pas la position ; il ne fait que garantir le paiement des frais et dommages, si tels frais et dommages sont plus tard accordés.

Dans la cause actuelle nous voyons que les faits tels que connus lors de l'émanation de l'injonction justifiaient la procédure, et que plus tard, à la preuve seulement et après une longue audition des livres de la Compagnie, le véritable état des affaires, inconnu jusqu'alors, a été établi.

Dans ces conditions nous trouvons que l'intimé n'a fait qu'user de bonne foi de son droit ; qu'il y avait cause probable, et, partant, qu'il n'y avait pas lieu à autre chose qu'à la peine ordinaire du téméraire plaideur, à savoir, le paiement des frais de l'injonction.

DOHERTY, J. :—

I concur in the judgment of the Court. The appellants' claim for damages could only be maintained by proving that the injunction proceedings were taken against them maliciously and without reasonable or probable cause. As to malice it was contended on the part of the appellants that sinister motives must be inferred from the fact that the respondent was only a *prête-nom* for others, and acquired a legal interest in the Company merely for the purpose of qualifying himself to take the action. But even admitting that Mr. Ritchie acted in the interest of others, who for some reason or other did not choose to appear as petitioners in the suit, I am unable to come to the conclusion that this *per se* would imply malice. A *prête-nom* under our law is only a tacit

1889.

Montreal Street Ry Co. & Ritchie.

mandatary holding the legal title and incurring the legal responsibility in the place and stead of his mandator. Of course he is subjected to the disabilities of his mandator, and any defence which might have been set up against the latter can also be urged against his representative. If malice on the part of the shareholders, at whose instigation and in whose interest Mr. Ritchie may be presumed to have acted, was duly proved, there is no doubt that their *animus* would be successfully invoked against him. But in the absence of any such proof or suspicion of any malevolent motive, how can it be pretended that the mere fact of Mr. Ritchie appearing in the guise of a *prête-nom* is evidence of malice? Then, on the merits of the question, it appears to me that Mr. Ritchie or those for whom he was acting had very obvious and sufficient motives for desiring an investigation of the affairs of this Company, which is a quasi-public corporation. Even with all the labor expended by the Company's numerous experts and accountants, there still remain in the Company's statements apparent if not real discrepancies, which the appellants have scarcely succeeded in clearing up. And it must be remembered that we must judge of the question of reasonable and probable cause from the point of view of the information obtainable by the respondent at the time he took his proceedings, and not from the vantage ground taken by the Company about a year after, when they had, as appears to me, been converted to respondent's views, and applied a large amount of their year's earnings to wipe out a fictitious asset of $165,000, of which the petitioner specially complained. The appellants by publishing (during the pendency of the proceedings) the statement of 30th September, 1886, in which the obnoxious item of $165,216.77 was removed from capital account and debited to profit and loss, appear to me to have partially admitted the objections which the respondent urged when he based his petition on the statement of the preceding year. There is another point which strikes us as forcibly as it struck the learned judge in the Court below. When the petition was presented in

the Court below asking for the writ of injunction, the appellants were notified and were represented by counsel. They would have simplified matters very much if they had then taken an unequivocal position and stated that they would apply a portion of their earnings to wipe out the suspicious asset of $165,000, and thus leave their capital account on a sound basis. But how do they meet the respondent's demand? By further mystifications instead of by obvious explanations. They file the affidavit of their secretary, who simply says that Mr. Ritchie is a *prête-nom*, and that they have not yet decided whether to declare a dividend or not. Under these circumstances, can the respondent be charged with having proceeded without reasonable or probable cause? Assuredly not. It is quite true that the injunction was ultimately dissolved, but that was only upon the Company's showing that they had placed their affairs on a more satisfactory basis than they were when the injunction was allowed to issue.

Appeal dismissed. (1)

Abbotts, Campbell & Meredith, attorneys for appellants.

M. S. Lonergan, attorney for respondent.

(E. L.)

(1) On appeal to the Supreme Court the above judgment has been affirmed.

May 23, 1889.

Coram CROSS, CHURCH, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

ROSE MAINVILLE,
(*Defendant in Court below,*)
APPELLANT;

AND

JOSEPH CORBEIL,
(*Plaintiff in Court below,*)
RESPONDENT.

Aliment—Obligation to furnish—Right of defendant to call in others responsible with him—Costs—Contestation between husband and wife.

HELD:—1. That although the obligation to furnish aliment is not indivisible or joint and several, in the ordinary meaning of the terms, yet the person from whom aliment is sought has a right to call into the cause all who may be in law responsible with him for the providing of such aliment.

2. Where the defendant called his wife into the cause, and after the dismissal of the principal action, the suit was continued between the husband and wife, and carried to the Court of Appeal, notwithstanding that the pecuniary interest was extremely small, and the litigation appeared to be prolonged for the gratification of mutual ill-feeling, the Court has a discretion under Art. 478 C. C. P., to compensate the costs, and put the parties *hors de Cour*, each paying his own costs.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (Davidson, J.), Feb. 16, 1888, in the following terms:—

"The Court, etc.....

"Seeing that the present action has been instituted to put the defendant *en cause*, in an action instituted by Pierre Frédéric Lefebvre, his son-in-law, for alimentary allowance;

"Seeing that defendant has pleaded by demurrer and plea *au fond*, that the obligation to furnish aliments is a divisible obligation, and that the defendant cannot be condemned jointly and severally with plaintiff;

"Considering that according to the allegation of plain-

tiff's declaration and the proof of record, the plaintiff and defendant are judicially separated as to property, that a *partage* has been made, and their means are nearly equal;

"Considering that the obligation as to aliment is indivisible, and that a person from whom aliment is sought is entitled to call all who may in law be responsible with him for the providing of such aliment;

"Considering Lefebvre's said action hath been dismissed for want of security for costs, and that plaintiff hath brought this cause for trial upon the question of costs only;

"Doth declare plaintiff's action well taken, and maintain the same as to costs, and doth condemn the said defendant to pay said costs *distraits*, etc."

March 22, 1889.]

F. X Archambault, Q.C., for the appellant:—

La question qu'il s'agit de déterminer dans la présente cause est celle de savoir si l'obligation alimentaire est divisible ou indivisible, solidaire ou non solidaire, et, comme corollaire, si un débiteur d'aliments peut, dans une action où il est seul poursuivi, forcer un co-obligé d'intervenir comme partie conjointe.

L'intimé, se fondant sur l'indivisibilité de cette obligation, a cru nécessaire de faire intervenir son épouse séparée de corps et de biens, dans une demande alimentaire formée contre lui par son gendre: "Pourquoi, dit la "déclaration, le demandeur conclut à ce que la défen- "deresse soit condamnée à intervenir dans la dite cause "de Pierre Frédéric Lefebvre contre le demandeur, pour "y être partie défenderesse avec le demandeur; à ce que "le jugement à être rendu en la dite cause soit commun "aux parties en cette cause, et, dans le cas où la demande "du dit Lefebvre serait accordée, *à ce que la défenderesse y* "*soit condamnée conjointement avec le demandeur suivant ses* "*facultés et ses moyens*, selon qu'il plaira à cette Cour de "l'ordonner en capital, intérêts et frais, au paiement de la "dite pension alimentaire; à ce que à défaut par la défen- "deresse, d'intervenir en la dite cause pour s'y porter "partie défenderesse, la défenderesse soit condamnée à

1889.
Mainville & Corbeil.

" payer au demandeur telle partie de la dite pension " alimentaire et des frais, qui sera jugée être *la proportion* " *dans laquelle la dite défenderesse doit contribuer*, et que le " demandeur pourrait être condamné à payer au dit " Lefebvre à cause du refus de la dite défenderesse d'in- " tervenir en la dite cause, le tout avec dépens des pré- " sentes contre qui de droit, distraits aux soussignés.— " Le demandeur déclare à la défenderesse que dans le cas " où elle refuserait d'intervenir en la dite cause, il contes- " tera la dite action aux risques et péril de la défenderesse " et du demandeur."

Si l'on s'arrête un instant aux passages que nous avons soulignés en citant le demandeur, on remarquera de suite une contradiction entre l'objet de la demande et les prétentions du demandeur.

Cette observation faite, arrivons à l'examen des moyens de défense proposés par l'appelante. Selon nous la dette alimentaire est une obligation divisible et non solidaire ; voici comment cette prétention a été exposée en première instance par nos plaidoiries écrites.

D'abord, avons-nous dit à l'intimé, votre action est mal fondée en droit : " Parce qu'il appert par les allégués de " la déclaration elle-même que le dit demandeur veut " exciper du droit d'autrui en cherchant à obtenir de la " défenderesse ce qui ne peut être réclamé d'elle que par " d'autres, savoir : le dit Pierre Frédéric Lefebvre ;

" Parce que telle dite action du demandeur ne lui com- " pète pas en droit, dans l'espèce, attendu que ce qui est " réclamé par le dit demandeur en son action ne peut l'être " que par celui ou ceux qui peuvent, en loi, réclamer les " aliments ou la pension mentionnée dans la dite déclara- " tion du demandeur ;

" Parce que, en loi, telle dite action pour aliments ne " pourrait être instituée contre la dite défenderesse par le " dit Pierre Frédéric Lefebvre indépendamment de la dite " action du demandeur ;

" Parce que la dite action de ce dernier n'existe que " d'après la loi et ne saurait être instituée contre la dite " défenderesse, aucun lien de droit entre elle et le dit

" demandeur n'existant en loi et n'apparaissant pas par " la dite action telle que libellée ;

" Parce que le dit demandeur ne peut être recevable à " prendre telle dite action contre la dite défenderesse que " si cette dernière était et pouvait être son garant, ce qui " n'existe pas dans l'espèce ;

" Parce que les conclusions de la dite action sont in- " formes, vagues, illégales et insuffisantes, ne contenant " aucunes conclusions formelles, mais seulement éven- " tuelles, ce qui ne peut être reconnu en loi."

L'Honorable juge Gill, devant qui fut d'abord plaidé le mérite de la défense en droit, ordonna preuve avant faire droit.

Quoi qu'il en soit de la preuve, nous n'avons pas à nous en occuper, la contestation étant limitée à la valeur juridique de la présente action, par le rejet de la demande alimentaire principale, et vu la déclaration de l'intimé que la poursuite n'avait plus d'autre objet que la condamnation aux frais.

La dette alimentaire, disons-nous donc, est une obligation divisible et non solidaire.

Si, autrefois, il a pu y avoir divergence d'opinion chez les auteurs et dans la jurisprudence, quant à savoir quelle était la nature spécifique de cette obligation, le doute n'est plus possible aujourd'hui si l'on examine les sources de notre législation sur cette matière, et l'esprit qui la domine.

A la page 23 des Rapports des Codificateurs, No. 1, on lit les remarques suivantes : " Les articles concernant les " obligations divisibles et indivisibles, sauf deux ou trois " exceptions ci-après indiquées, au fond ne diffèrent pas " des articles du Code français, de 1217 à 1225, qui sont " conformes à notre droit. Mais l'arrangement et la " rédaction ne sont pas les mêmes. Un grand nombre, " sinon tous les commentateurs du Code français, semblent " d'accord que cette section de l'ouvrage n'a pas été " exécutée comme on devait s'y attendre. Les commis- " saires ont tâché d'éviter les erreurs et les contradictions " qui y sont signalées par les auteurs, et à l'aide de la " critique et des suggestions de ces derniers, de donner aux

1899.
Mainville & Corbeil.

" articles soumis un arrangement et une expression intel-
" ligibles.

" Le sujet offre incontestablement beaucoup de subtilité
" et de difficulté pratique. Les ouvrages de Rodière et de
" Marcadé nous fournissent un exposé de toute la matière
" plus simple et plus clair que tous les autres auteurs que
" les commissaires ont été à même de consulter. Il y aurait
" une objection à adopter les vues de Rodière en entier,
" c'est qu'elles s'écartent trop de la doctrine de Dumoulin
" et de Pothier, à laquelle il est prudent et commode
" d'adhérer quant au fond. Les changements suggérés
" par Marcadé, tout au contraire, apporteraient moins
" d'innovation et consistent principalement dans la sim-
" plification du sujet tel qu'il a été traité par les juristes
" anciens que le Code français n'a suivi qu'imparfaitement.
" Les commissaires ont donc adopté en grande partie, *les*
" *idées de* Marcadé, *et sans étendre d'avantage leurs observa-*
" *tions ils renvoient à son traité aux endroits cités en marge.*"

Voilà certes une indication précieuse de la part de nos Codificateurs, indication qui ne laisse aucun doute quant à l'esprit qu'ils ont entendu donner à la loi sur cette partie des obligations, puisqu'elle nous montre la source où les idées ont été puisées.

Marcadé a donc ici l'autorité d'une loi. C'est d'ailleurs lui faire justice, car son traité sur les obligations divisibles et indivisibles a reçu les éloges de tous les auteurs, notamment de MM. Lagrange et Molitor.

Ecoutons-le :

" Dumoulin et Pothier distinguent trois espèces d'indi-
" visibilités, ce qui ne donne cependant pas trois classes
" d'obligations indivisibles, mais deux seulement, attendu
" que la troisième espèce d'indivisibilité ne porte que sur
" la manière d'exécuter et n'empêche pas l'obligation de
" rester divisible.

" La première indivisibilité a lieu quand l'objet de
" l'obligation n'est susceptible d'aucune espèce de division,
" ni matérielle, ni intellectuelle. La seconde se présente
" quand cet objet, quoique divisible en lui-même au moins
" intellectuellement, se trouve indivisible au point de vue

"sous lequel il a été considéré par les parties contractantes. "Enfin, il y a encore l'indivisibilité *solutione tantum*, qui a "lieu quand l'objet ne peut être payé partiellement par les "débiteurs quoiqu'il reste complètement divisible et se "divise en effet entre les créanciers, s'il y en a." 4 Marcadé, no. 628.

Le même auteur appelle *individuum natura*, la première espèce d'obligation indivisible, et *individuum contractu*, la deuxième espèce.

Or, il est évident, puisque c'est l'indivisibilité de l'objet qui donne à l'obligation le même caractère, que la dette alimentaire ne constitue jamais une obligation indivisible *natura*; car elle a pour objet des choses divisibles et même toujours divises, comme des aliments en nature, ou de l'argent pour se les procurer.

Cette obligation n'est pas non plus *individuum contractu*, car les aliments sont toujours susceptibles de *division*, sinon d'*exécution* partielle; en effet, puisque suivant la loi, art. 169, les aliments ne sont dus, et, d'après les conclusions de l'intimé, ils ne sont demandés, que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de ceux qui les doivent.

Resterait à dire qu'il y a indivisibilité *solutione tantum*, *i. e.*, indivisibilité non plus de l'objet, ni par là même d'obligation, mais de l'exécution seulement.

Aucune convention n'étant intervenue entre les parties, et la loi étant muette sur le caractère qu'il convient de donner à cette obligation, on doit s'en rapporter aux principes généraux. D'ailleurs il ressort pleinement de la demande, telle que libellée, que la dette alimentaire réclamée peut être exécutée par partie, puisqu'elle devait être payée périodiquement.

Passant maintenant en revue les auteurs qui ont discuté la question de savoir quelle était la nature de l'obligation alimentaire, nous remarquons que les plus célèbres d'entr'eux lui refusent le caractère d'indivisibilité que lui prête l'intimé; et en cela ils ont l'appui d'un grand nombre d'arrêts.

On voudra bien trouver naturel de faire entendre,

1889. Mainville & Corbeil.

d'abord, Marcadé; car notre Code ayant reproduit "ses idées" sur les principes généraux, l'application qu'il en fera dans l'espèce nous sera d'un grand enseignement:

"Cette obligation (alimentaire) n'est pas indivisible; "car, soit les aliments en nature, soit l'argent au moyen "duquel on se les procurera, peuvent, sans aucun doute, "être fournis par deux, trois ou quatre personnes. C'est ce "que dit fort bien, dans son *Extricatio labyrinthi*, le célèbre "Dumoulin, que Toullier pourtant indique comme autorité "à l'appui de son opinion: *quamvis quis pro parte vivere non "possit, tamen alimenta dividua sunt; id est res quibus alemur, "pro parte, sive ab uno sive a pluribus, præstari possunt ut natura "et experientia docent.* Divisible par le fait et aux yeux de la "raison, la dette des aliments l'est aussi dans la volonté "expresse du législateur, puisque, d'après l'art. 208, ils ne "sont accordés que *dans la proportion de la fortune de celui qui "les doit.* Ainsi, s'ils sont dus par deux enfants d'ont l'un "est moitié plus riche que l'autre, ce dernier ne devra être "condamné qu'à un tiers, et le premier à deux tiers. Donc, "d'après l'article 208, non seulement il y aura des parts; "mais de plus, ces parts sont souvent inégales."

"Maintenant, cette obligation n'est pas solidaire." 1 Marcadé, no. 716.

Quant à cette question de la solidarité de la dette alimentaire, la raison n'admet aucun doute: car la solidarité ne se présume pas, elle n'existe que par suite d'une convention ou par un texte précis de la loi, art. 1105.

Cette opinion de Marcadé n'est pas isolée, loin de là, comme nous allons voir:

"A notre avis, disent Aubry et Rau, l'obligation alimen- "taire n'est ni indivisible, ni solidaire.

"Si le contraire a été admis par l'ancienne jurisprudence "en ce qui concerne les enfants, ce n'a été que par une "fausse interprétation de lois, qui, d'ailleurs, n'ont plus "aujourd'hui aucune force obligatoire." 6 Aubry et Rau, p. 105, note 18.

"Je ne crois pas pour mon compte, dit à son tour "Demolombe, qu'il soit possible de caractériser ainsi d'une "manière théorique et absolue, la dette légale d'aliments,

"et il me paraît plus vrai de dire, en règle générale, qu'elle "n'est ni solidaire ni indivisible.

"Elle n'est point solidaire; car, aux termes de l'article "1202, la solidarité ne peut avoir lieu de plein droit, qu'en "vertu d'une disposition de la loi; or, aucun texte n'a "établi, pour ce cas, la solidarité.

"Elle n'est point indivisible, car l'objet même de cette "obligation est très divisible; et c'est Dumoulin lui-même "qui le déclare: *Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, "tamen alimenta dividua sunt: id est res quibus alemur pro parte "sive ab uno sive a pluribus præstari possunt.*" 4 Demolombe, 76.

Laurent est encore plus catégorique, et l'arrêt qu'il rapporte ne peut mieux s'appliquer qu'à l'espèce.

"L'opinion générale a été longtemps que la dette alimen- "taire est tout ensemble solidaire et indivisible . . . Nous "disons que c'est une erreur, et l'erreur est tellement évi- "dente que l'on ne conçoit pas qu'elle ait pu régner aussi "longtemps." 3 Laurent, no. 66.

"La Cour de Cassation a jugé en ce sens que, la dette "alimentaire étant divisible, celui qui est actionné n'a pas "même le droit de mettre en cause les autres débiteurs; "chacun est tenu personnellement dans la limite de ses "facultés. S'il est condamné dans cette limite, il n'a pas "le droit d'exercer un recours contre les autres débiteurs, "dès lors il ne peut pas les mettre en cause." 3 Laurent, no. 68, p. 96.

C'est une application du principe général établi par Aubry et Rau:

"Enfin, lorsque plusieurs personnes se trouve simulta- "nément soumises à l'obligation de fournir des aliments, "chacune d'elles n'en est cependant tenue que pour sa "quote-part." Aubry et Rau, p. 104; et à la note 18, p. 105.

En admettant même l'indivisibilité de l'obligation alimentaire, la procédure adopté par l'intimé ne serait pas valable:

"Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, "soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'il est

1889.

Mainville & Corbeil.

" destiné à remplir, que l'intention des parties ou du dispo-
" sant a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement,
" dans ce cas, chacun des débiteurs peut être poursuivi et
" doit être condamné pour la totalité de la dette, sauf son
" recours." 4 Aubry et Rau, 57, et à la même page, note 43,
" il est dit : " Dans ce cas, comme dans celui que prévoit le
" no. 4 de l'article 1221, le débiteur poursuivi pour la total-
" ité de la dette, ne peut, par les raisons déjà indiquées en
" la note 35, mettre en cause ses codébiteurs pour faire
" diviser la condamnation."

Zachariæ (t. 3, p. 695) ; Valette (t. 1, p. 445) ; Duvergier (sur Toullier) ; Larombière (sur art. 1221, no. 36) ; ne sont pas d'un sentiment différent.

Voir aussi *J. Pal.*, 48-2-698 ; et 62. 129.

Fortin, for the respondent :—

Il ne s'agit en cette cause que d'une question de frais.

Les parties sont le mari et la femme, et sont séparées de corps et de biens depuis 1873.

Dans le mois d'août 1887, Pierre Frédéric Lefebvre, leur gendre, prit une action pour pension alimentaire contre l'intimé seul, par laquelle il réclamait la somme de $40 par mois comme aliments pour lui et sa famille.

L'intimé se voyant poursuivi seul pour une obligation commune à lui et à sa femme, et sachant que cette dernière était même plus que lui en état de payer une part de ces aliments, dans le cas où Lefebvre y aurait droit, institua la présente action pour mettre l'appelante en cause, afin qu'elle fût condamnée avec lui, s'il y avait lieu, au paiement de telle partie de cette pension qu'elle se trouverait en état de supporter, suivant ses facultés et ses moyens.

L'intimé avait-il le droit, assigné seul, de prendre la présente action pour faire condamner l'appelante à payer une partie de la pension alimentaire réclamée ? Telle est la seule question à décider.

Nous croyons que l'affirmative ne saurait souffrir de doute sérieux.

I. Sous l'ancien droit, on considérait la dette alimentaire comme solidaire, et, par conséquent, le créancier

pouvait toujours s'adresser à un seul des débiteurs, sauf recours de ce dernier contre les autres co-débiteurs.

Pothier, *Contrat de mariage*, No. 391; Nouveau Dénisart, Vo. *aliments;* Guizot, Vo. *aliments*, vol. I, p. 319; *Lauzon* v. *Connaissant et vir*, 5 L. C. J., p. 99.

"Anciennement la dette alimentaire était considérée "comme solidaire, sans difficulté." (Sirey, art. 205, n. 19 et autorités citées par lui.)

44. "La solidarité paraît avoir été admise dans l'ancien "droit, du moins *entre les enfants*, (Pothier, No. 391; *Nouveau* "*Dénisart, Vo. aliments* § 4, No. 3), et même aussi entre le "*père et la mère;* et cette doctrine a trouvé encore, dans "notre droit nouveau, de nombreux partisans, (Paris, "30 fructidor an XI Robin; Sirey, 1807, II. 779; Colmar, "23 février, 1813, Sirey, 1814, II, 3; Riom, 15 mars 1830, "Trabert, Sirey, 1833, II, 574; Delvincourt, t. I, p. 87, "note 5; Toullier, t. II, No. 613; Prudhon, t. I, p. 449."— (Demolombe t. IV, No. 63)

II. En France, sous l'empire du droit nouveau, la question de savoir si la dette alimentaire est solidaire, comme celle de savoir si elle est indivisible, est vivement controversée.

Plusieurs systèmes divisent les auteurs, et la jurisprudence est loin d'être fixée.

(Voir Sirey art. 205, No. 19 et autorités citées par lui.)

Quoiqu'il en soit, la question qui nous occupe est résolue, dans le sens que nous soutenons, par la plupart des auteurs, même par ceux qui prétendent que la dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible, et plusieurs arrêts ont consacré cette doctrine.

Demolombe soutient que la dette alimentaire n'est ni solidaire, ni indivisible; voici cependant ce qu'il dit au sujet de l'action en réclamation d'aliments:

"Il résulte de tout ce qui précède, que le demandeur "en aliments devra mettre en cause les différentes per- "sonnes qui sont tenues en même temps de lui en fournir; "car le règlement ne peut se faire que par la comparaison "de leurs facultés respectives. S'il ne les mettait pas en "cause le défendeur, seul assigné, pourrait lui-même les

1889.

Mainville & Corbeil.

" appeler au procès, et soutenir, en tous cas, ainsi que je le " disais tout à l'heure, que celui qui réclame les aliments " doit être considéré comme d'autant plus riche de tout ce " qu'il aurait droit d'obtenir des autres."—(t. IV, No. 60.)

Larombière, art. 1221, No. 36, t. II, p. 756.

Boileux, t. I, p. 511, dit :

" Au résumé, le demandeur en aliments peut poursuivre " simultanément tous ceux qui sont tenus de lui en four- " nir ; mais il peut aussi former sa demande contre un " seul, eu égard aux facultés de ce dernier, sauf à lui à " mettre en cause ses co-débiteurs, et dans tous les cas, " ainsi que nous l'avons déjà dit, son recours contre eux, " en proportion de leur fortune."

Et cet auteur cite un grand nombre d'autorités et d'arrêts, à l'appui de cette proposition.

Voir aussi un arrêt de la Cour d'Appel de Douai, (Dalloz, P. 1856, 2, 54), dans lequel on lit :

" Que la dette alimentaire participe à la fois du carac- " tère de la solidarité et de celui de l'indivisibilité ; qu'il " en résulte que celui qui veut obtenir des aliments n'est " pas obligé de diriger en même temps son action contre " tous les obligés ; qu'il peut, au contraire, s'adresser à l'un " d'eux seulement, sauf le recours de celui-ci contre ses " co-obligés, *soit en les appelant en cause, soit autrement.*"

Voir encore un arrêt de la Cour d'Appel de Pau, (Dalloz, P. 1867, 2, 197) qui, tout en déclarant "qu'il n'existe " aucune disposition de la loi qui imprime le caractère " de solidarité aux obligations alimentaires, décide cepen- " dant que, rien ne s'oppose à ce que l'un des débiteurs " soit condamné à les acquitter en totalité à défaut des " autres, sauf son recours contre eux pour les parts mises " à sa charge."

III. Passant à notre jurisprudence, nous trouvons deux arrêts dans le même sens.

Le premier a été rendu par la Cour Supérieure en 1870, dans une cause analogue à la présente, (*Labelle et vir* v. *Labelle*, 15 L. C. J., p. 81.)

Le dernier est de 1884, *Valiquette* v. *Valiquette & al.*, M. L. R., 1 C. S., p. 129. Cet arrêt a été rendu sur une défense

en droit motivé absolument comme celle de l'appelante.

Plus tard, quand la cause fut jugée au mérite (le 28 février 1885—voir régistres de la C. S. pour 1885, vol. I, p. 116), deux des défendeurs assignés en premier lieu furent condamnés à payer une certaine somme; un des défendeurs mis en cause fut aussi condamné à payer une partie de la pension réclamée, un autre de ces derniers fut acquitté, et enfin, une fille de la demanderesse principale, trouvée incapable de contribuer en argent, au soutien de sa mère, fut condamné à la recevoir et à la loger.

Cet arrêt, ce nous semble, démontre la sagesse de la doctrine que nous soutenons.

De quoi s'agit-il après tout? D'accorder au demandeur tout ce qu'il lui faut pour vivre, et de condamner tous ceux qui, étant tenus par la loi, sont en position de fournir les aliments demandés.

Dès lors pourquoi, si le demandeur pour une raison ou pour une autre, ne dirige son action que contre l'un des débiteurs, refuser à ce dernier le droit de mettre tous les obligés en cause pour faire faire le réglement et le partage de cette dette? De quoi peuvent se plaindre les co-débiteurs ainsi appelés en cause? Ont-ils plus de frais à payer? au contraire, ils n'auront, tous ensemble, que les frais d'une action à supporter, tandis que, autrement, chacun aurait à supporter, seul, les frais d'un procès.

Et puis comment faire ce règlement de la dette en l'absence les uns des autres?

Je suis poursuivi seul pour la totalité, on me demande $40 par mois. J'établis que mon co-obligé—en son absence au procès et à son insu—est en état de payer les trois-quarts de cette somme, et que je ne puis en supporter que le quart; l'action ne sera donc maintenue que pour un quart. Maintenant, quand mon co-débiteur est recherché à son tour, il établit qu'il est incapable de payer plus que moi, ou bien, il démontre qu'il ne peut absolument rien donner, que sa fortune n'était qu'un fantôme, et qu'au fond il est lui-même dans l'indigence; qu'arrivera-t-il alors? Recommencer contre moi? La chose serait peut-

1889.
Mainville & Corbeil.

être possible ; mais ne valait-il pas mieux tout régler en même temps dans une seule cause? Le demandeur qui pouvait avoir d'excellentes raisons de ne s'adresser qu'à moi seul, car le besoin ne peut guère attendre, le demandeur devra soutenir trois procès au lieu d'un!

Et si nous sommes dix débiteurs au lieu de deux ?

Et puis, s'il faut condamner l'un à payer en argent, et un ou plusieurs autres à loger, comme dans la cause de *Valiquette & Valiquette*, ou à loger et nourrir alternativement le demandeur, comment, encore une fois, régler toutes ces questions, tous ces détails dans diverses causes intentées à des époques différentes, et en l'absence de tous les intéressés ?

Toutes ces raisons nous paraissent concluantes, et nous n'hésitons pas à nous ranger à la doctrine de l'ancien droit, telle qu'elle est consacrée par notre jurisprudence.

Que la dette alimentaire soit solidaire ou non, peu importe pour les fins de notre thèse ; qu'elle soit divisible ou indivisible, peu importe encore—aucun texte ne décide la chose—mais ce qui est important dans ces causes, c'est que celui qui est dans le besoin soit secouru et le soit aussi promptement et avec aussi peu de frais que possible ; et que ceux qui sont tenus de payer soient tous chargés de le faire, suivant leurs facultés ; or, la procédure suivie en cette cause, et dans les causes citées, nous parait la meilleure pour atteindre ce double résultat si désirable.

Bossé, J. (for the Court) :—

Il ne s'agit en cette cause que d'une question de frais.

Les parties sont le mari et la femme, et sont séparés de corps et de biens depuis 1873.

Dans le mois d'août 1887, Pierre Frédéric Lefebvre, leur gendre, prit une action pour pension alimentaire contre l'intimé seul, par laquelle il réclamait la somme de $40 par mois comme aliments pour lui et sa famille Sur ce, le défendeur porta contre sa femme une action dans laquelle, après avoir allégué que le demandeur principal était le mari d'une fille issue de leur mariage, que l'obligation de fournir les aliments était commune au mari et à la femme,

1889.
Mainville & Corbeil.

et que la femme avait des biens plus que suffisants pour lui permettre de payer sa part de pension ; il concluait " à ce que la défenderesse fût condamnée à intervenir dans " la cause de Pierre Frédéric Lefebvre contre le demandeur, " pour y être partie défenderesse avec le demandeur ; à ce " que le jugement à être rendu en la dite cause soit com- " mun aux parties en cette cause, et, dans le cas où la de- " mande du dit Lefebvre serait accordée, *à ce que la défende- " resse y soit condamnée conjointement avec le demandeur suivant " ses facultés et ses moyens*, selon qu'il plaira à cette Cour de " l'ordonner en capital, intérêts et frais, au paiement de " la dite pension alimentaire ; à ce que à défaut par la " défenderesse d'intervenir en la dite cause pour s'y porter " partie défenderesse, la défenderesse soit condamnée à " payer au demandeur telle partie de la dite pension ali- " mentaire et des frais, qui sera jugée être *la proportion dans " laquelle la dite défenderesse doit contribuer*, et que le deman- " deur pourrait être condamné à payer au dit Lefebvre à " cause du refus de la dite défenderesse d'intervenir en la " dite cause, le tout avec dépens des présentes contre qui " de droit, distraits aux soussignés.—Le demandeur déclare " à la défenderesse que dans le cas où elle refuserait d'in- " tervenir en la dite cause, il contestera la dite action aux " risques et péril de la défenderesse et du demandeur."

Cette action était à peine rapportée en Cour que le demandeur principal quitta la Province et alla s'établir aux Etats-Unis, et, sur son défaut de fournir le cautionnement judicatum solvi, son action fut renvoyée. Il ne s'agissait plus alors entre le mari et la femme que des frais encourrus jusqu'à cette date sur l'action portée par le mari, et pour ces frais seuls la défenderesse a produit une contestation dans laquelle elle allègue en somme que les aliments réclamés par l'action principale n'étaient pas solidaires ni indivisibles entre elle et son mari, que ce dernier n'avait pas d'action contre elle, et que si elle était tenue, elle ne pouvait l'être que sur action qui aurait été directement portée par le demandeur principal.

En preuve, il a été établi que le mari comme la femme pouvaient payer la pension, et le jugement, admettant la

1889.
Mainville & Corbeil.

solidarité entre le mari et la femme, a condamné cette dernière aux frais.

C'est ce jugement qui est porté devant cette Cour et l'appel soulève la vieille question de savoir : si la dette pour aliments due par les enfants ou par les père et mère est solidaire, ou si elle est indivisible, ou seulement conjointe.

Dans la doctrine la théorie de la solidarité a été reconnue par quelques-uns, celle d'indivisibilité par un plus grand nombre, et enfin celle d'une dette seulement conjointe par la plupart des auteurs modernes.

Il me paraît que l'on ne peut dire que les aliments sont solidaires dans le sens ordinaire du mot, et que l'on ne peut dire non plus que dans le même sens du mot ils soient indivisibles.

Il est clair qu'il n'y a pas de solidarité de nature à faire condamner l'un des débiteurs au total, à tout évènement et sans autre condition que celle du recours contre ses co-débiteurs pour être remboursé ; et q'uil n'y a pas non plus indivisibilité dans le sens qu'une partie de la dette ne puisse être acquittée par l'un des co-débiteurs, ou non plus que les aliments eux-mêmes ne doivent être demandés que pour partie, si le créancier possède d'ailleurs quelque ressource.

Si le demandeur peut gagner sa vie pour partie, ou s'il a quelques revenus, mais insuffisants pour le faire vivre ; dans ces deux cas on ne peut condamner le défendeur à toute la somme qui serait nécessaire pour faire vivre le demandeur. Si le défendeur n'a que des moyens limités, on ne le condamne que suivant ses moyens. En cela, l'on ne fait qu'appliquer l'article 169. Si le demandeur reçoit des autres enfants une pension, on doit diminuer en proportion celle qu'il demande ; on doit aussi l'augmenter ou la diminuer suivant la fluctuation de la fortune des divers enfants. Donc, pas de solidarité ni d'indivisibilité dans le sens ordinaire du mot ; mais chacun doit tout ce qu'il peut payer jusqu'à concurrence de tout ce qui est nécessaire, et sauf son recours. Donc encore, si un enfant est assigné seul et condamné seul, il peut,

par une action subsidiaire et distincte, se faire rembourser par les autres en proportion de leurs moyens, et s'il a ce droit après l'action et le jugement, pourquoi ne peut-il pas l'exercer sur l'action principale avant jugement, pour faire déclarer que les autres enfants peuvent payer de même que lui, et doivent comme lui contribuer, ou bien encore, pour obtenir contradictoirement avec les autres enfants la déclaration judiciaire de la quotité de la pension à être payée en raison de la position des besoins, des ressources du demandeur, et asseoir ainsi contre tous pour l'avenir, et les mêmes circonstances subsistant, la quotité de la rente.

Cette théorie a été adoptée par la plupart des commentateurs modernes, et même par plusieurs sous l'ancien droit. Elle est surtout admirablement développée par Demolombe, vol. 2, du mariage No. 65, et il en fait à la page 81, le résumé suivant : " Il résulte d'ailleurs de " tout ce qui précède, que le demandeur en aliments de- " vra mettre en cause les différentes personnes qui sont " tenues en même temps de lui en fournir ; car le règle- " ment ne peut se faire que par la comparaison de leurs " facultés respectives. S'il ne les mettait pas en cause, le " défendeur, seul assigné, pourrait lui-même les appeler " au procès, et soutenir, en tout cas, ainsi que je le disais " tout à l'heure, que celui qui réclame les aliments doit " être considéré comme d'autant plus riche de tout ce " qu'il aurait droit d'obtenir des autres."

Vide dans le même sens, 2 Larombière, p. 261, No. 36. 6 Aubry & Rau, parag. 553, p. 106 et suiv., et la collection d'opinions d'auteurs et d'arrêts cités par Demolombe, et Aubry & Rau, qui contient tout ce qui a été écrit sur cette matière.

Je suis donc d'opinion qu'en droit le mari avait pu porter son action contre sa femme. Mais il s'est soulevé dans le délibéré une question dont il n'a pas été fait mention dans la plaidoirie. C'est celle de savoir, s'il y a lieu d'appliquer la compensation de dépens de l'ancienne jurisprudence.

L'Ordonnance de 1667, titre 31, Article 1, la défendait

1889.

Mainville & Corbeil.

dans tous les cas, mais la jurisprudence avait créé des exceptions, et entre autres, celle résultant de la proche parenté entre les plaideurs : " Il est d'usage dans ces cas, " dit Pigeau, vol. 1, p. 417, de compenser les frais, afin " de tirer tout de suite les parties des occasions de se " heurter et de s'envenimer davantage. Cependant lors- " que la prétention de celui qui succombe était visible- " ment mauvaise et une vexation, on le condamnait assez " ordinairement aux dépens."

Pothier, procédure No. 409, affirme aussi l'existence du même usage, et il a été formellement consacré par l'art. 131 du Code Napoléon : " Pourront néanmoins les dépens " être compensés en tout ou partie entre conjoints, ascen- " dants, descendants, frères et sœurs ou alliés au même " degré."

Carré & Chauveau, Question 557 *et seq.*, et Dalloz Rép. Vo. frais & dépens, No. 74 *et seq.*, nous en donnent de nombreux exemples. L'article 131 du Code Napoléon, n'a pas été reproduit dans notre Code. Mais notre article 478, en laissant aux tribunaux le droit de mitiger ou compenser les dépens suivant les circonstances, leur donne à ce sujet un pouvoir discrétionnaire, et je suis d'opinion que la Cour en l'appliquant doit diviser les frais.

Mais il y a pour cela une autre raison. Lors du renvoi de l'action principale, l'action prise contre la femme n'était pas contestée. Elle a été continuée par le mari sans autre intérêt que celui d'obtenir contre sa femme les frais alors encourus, peut-être $20 à $25 ; de son côté, la femme n'a pas craint de risquer pour cette minime somme tous les frais d'une contestation en Cour Supérieure, et ceux du procès en appel. Le simple intérêt pécuniaire ne pouvait pour l'une comme pour l'autre des parties, justifier ni même excuser un pareil litige. Il doit avoir sa cause dans la mésintelligence déjà existante, et dans ces conditions, il me paraît raisonnable de dire que si le mari et la femme n'ont plaidé que pour des frais et sans autre intérêt que la gratification de leurs haines réciproques, la Cour ne peut sanctionner une semblable conduite, et qu'elle doit exercer sa discrétion pour dire que chaque

partie devra payer ses propres frais devant les deux cours.

The judgment in appeal is as follows :—

"La Cour etc.....

"Considérant que l'intimé, poursuivi pour aliments, par P. F. Lefebvre, avait le droit d'assigner, comme il l'a fait, Dame Rose Mainville, son épouse, et que, si l'action principale n'eût pas été renvoyée, il aurait eu droit, contre l'appelante, aux conclusions prises contre cette dernière ;

"Mais considérant que la contestation en Cour Supérieure a été engagée et soutenue, de part et d'autre, tant devant la cour inférieure qu'en appel, pour les frais seulement de l'action principale après entrée en cour et avant contestation ;

"Considérant que, dans un débat pour un intérêt aussi minime, entre mari et femme, séparés de corps et de biens, il n'y avait pas lieu d'accorder les frais d'action, et qu'en autant il y a erreur dans le jugement de la Cour Supérieure dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal, le 16me. de février 1888 ;

"Cette cour procédant à rendre le jugement que la Cour Supérieure aurait dû rendre, déclare que le demandeur avait quant au capital le droit de porter l'action qu'il a portée, mais vu qu'il n'y a pas lieu d'adjuger sur les conclusions, en raison du renvoi de l'action principale, met les parties hors de cour, chacune d'elles payant les frais par elle encourus, tant en cour inférieure qu'en appel."

Judgment reformed.

Archambault & Pelissier, attorneys for appellant.

Robidoux, Fortin & Rocher, attorneys for respondent.

(J. K.)

May 20, 1889.

Coram DORION, Ch. J., CROSS, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

HARRIET C. GREENE AND ALEXANDER D. TURNER ES QUAL.
(*Respectively plaintiff and intervenant in Court below*),
APPELLANT;

AND

FRED. T. MAPPIN
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Interdiction of party for prodigality during pendency of suit—Continuation of proceedings—Costs.

HELD:—1. Where a party to a suit is interdicted for prodigality *pendente lite*, he ceases to be capable of any further proceeding in the cause, and the *instance* must be taken up in his behalf by the curator appointed to him.

2. An intervention in the suit by the curator, for the purpose of assisting the interdict, is of no effect; and an appeal by the interdict, so assisted by the curator, will be rejected.

3. Where the opposite party has only raised the objection to the irregularity of the proceedings by his factum and argument on the appeal, no costs will be allowed to him on the dismissal of the appeal.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (TAIT, J.), May 31, 1887, dismissing the appellant's action. The judgment of the Court below is reported in M. L. R., 3 S. C. 393–402.

The case was argued upon the merits, but the judgment in appeal turned solely upon a question of procedure which is fully explained in the opinion.

March 18, 19, 1889.]

R. Laflamme, *Q.C.*, and *R. Dandurand*, for the appellant.

N. W. Trenholme, and *S. P. Leet*, for the respondent, among other grounds, submitted that all the proceedings had since the interdiction of the plaintiff were null, because the curator, instead of intervening to assist the plaintiff, interdict, should have petitioned to take up the *instance*, which he had not attempted to do.

1889.

Greene & Mappin.

Bossé, J. (for the Court) :—

La présente action a été portée par l'appelante contre l'intimé, pour le forcer de signer un acte de l'achat d'une propriété qu'elle alléguait lui avoir vendue.

L'intimé défendit à cette action, et au cours de l'instance, la demanderesse fut interdite pour prodigalité.

Turner, l'appelant, fut nommé son curateur, et produisit une demande en intervention dans laquelle, après avoir allégué l'interdiction et sa nomination comme curateur à la demanderesse, il concluait à ce qu'il lui fût permis d'intervenir dans l'instance et l'assister au procès.

Cette intervention a été reçue par le juge, mais elle n'a pas été suivie de la production de moyens d'intervention, et il ne paraît en fait y avoir eu d'autres procédures que la présentation de la requête et le jugement qui l'admet, quoique l'instance ait été continuée avec la mention dans le titre des procédures de A. D. Turner, es-qualité, intervenant.

Par jugement rendu en Cour Supérieure, l'action a été renvoyée, et de ce jugement le présent appel a été interjeté au nom de la demanderesse et de Turner, son curateur pour l'assister.

Je ne crois pas que cet appel puisse être maintenu ni même reçu par cette Cour.

L'interdit, soit pour imbécillité, démence, fureur ou prodigalité, perd tout contrôle sur ses biens, même pour les actes d'administration. Il ne peut ester en justice, et les actions qu'il exerce sont prises pour lui par son curateur, de même que les actions du mineur sont prises pour lui par son tuteur.

Si l'interdiction a été prononcée pour imbécillité, démence ou fureur, les pouvoirs du curateur à l'interdit s'étendent également aux biens et à la personne, parce que les biens et la personne sont également en danger, et qu'il faut tous deux les protéger. Si, au contraire, l'interdiction a été prononcée pour des raisons de prodigalité, les pouvoirs du curateur ne s'étendent pas à la personne, mais seulement aux biens, pour la raison que ceux-ci seuls sont en danger et qu'il n'est pas nécessaire de protéger la

1889.
Greene & Mappin.

personne, parce que la personne n'a pas lieu d'être protégée contre la folie partielle qui n'affecte que les biens ; mais dans ce dernier cas, quant aux biens, l'effet de l'interdiction est aussi étendu dans un cas comme dans l'autre, et ne permet à l'interdit ni un acte d'administration, ni le droit d'ester en justice. Tout ceci n'est que l'application de l'article 343 du Code Civil, et des principes généraux qui régissent cette matière.

Dans l'espèce, l'intervenant ne conclut qu'à ce que permission soit donnée au curateur d'intervenir dans cette cause, afin d'assister l'interdite.

Ce serait là ce qu'un conseil judiciaire aurait pu faire. Mais un conseil judiciaire n'est nommé qu'à celui qui, sans être complètement insensé ou prodigue, est cependant faible d'esprit, ou enclin à la prodigalité, de manière à faire craindre qu'il ne dissipe ses biens, et ne compromette sa fortune. Son devoir est d'assister celui auquel il a été nommé conseil et d'ester avec lui pour l'assister en justice.

Dans l'espèce, ce n'est pas un conseil judiciaire, mais une interdiction qui a été prononcée, et nous en trouvons un acte régulier au dossier.

Par conséquent, l'appel pris par l'intervenante elle-même, assistée de son curateur, ne peut être reçu.

Cependant, le jugement de la Cour Supérieure a été rendu dans les conditions que nous venons de voir. La procédure qui l'a provoqué est entachée du même vice que l'appel, et la sentence qui déboute l'action ne me paraît pas régulière ; mais nous n'avons devant nous qu'un appel pris par l'intervenante, assistée de son curateur, et nous ne pouvons faire autre chose que de le déclarer irrégulier.

Quant aux frais en appel, je ne crois pas qu'ils puissent être accordés à l'appelante.

En Cour Supérieure, après la déclaration du fait de l'interdiction, la demanderesse ne se trouvait plus en cause, elle ne pouvait l'être que par son curateur, et l'intervention aurait dû faire déclarer ce dernier demandeur en reprise d'instance. Cependant, le défendeur a conti-

1889.

Greene & Mappin.

nué les procédures, et sur l'appel il n'a pas pris le mode qu'il aurait pu adopter pour le faire rejeter. Ce n'est qu'au mérite qu'il a invoqué ce moyen.

Il ne me paraît pas que nous puissions recevoir sa demande des frais en appel, et je suis d'opinion de ne pas la lui accorder.

The judgment of the Court of Appeal is as follows:—

"La Cour, etc.....

"Considérant qu'au cours de l'instance en Cour Supérieure, savoir, avant l'instruction du procès, la demanderesse, appelante, a été interdite pour prodigalité, que l'appelant Turner a été nomme son curateur, et qu'acte authentique de cette interdiction a été alors produit au dossier;

"Considérant que dès l'instant que la sentence en interdiction a été rendue, la demanderesse a été incapable d'ester en justice et d'administrer ses biens, et que son curateur seul pouvait le faire pour elle;

"Considérant que la requête en intervention produite par le curateur, pour permission d'intervenir dans l'instance en Cour Supérieure, pour y assister l'interdite, ne pouvant être accordée, est sans effet, et que l'interdite a, depuis la date de la dite sentence en interdiction, cessé d'être partie dans la cause, et n'y a jamais depuis été représentée par personne compétente;

"Considérant partant que toutes les procédures en Cour Supérieure, subséquentes à la date de la dite sentence d'interdiction, sont nulles;

"Considérant que l'appelante, interdite et assistée de son curateur, ne pouvait comme telle, interjeter le présent appel, icelui est déclaré non avenu et rejeté;

"Et quant aux frais,

"Considérant que le défendeur et intimé a procédé sans objection à l'instruction du procès en Cour Supérieure, et n'a fait valoir le défaut de reprise d'instance par le curateur, que dans son factum et à l'audition au mérite devant cette cour, et qu'il y a eu à cet égard erreur commune, il est ordonné que chaque partie payera ses frais

1889.

Greene & Mappin.

sur l'appel, le tout sans préjudice à telles procédures à être prises en Cour Supérieure que les parties aviseront."

Appeal dismissed.

R. Dandurand, attorney for appellant.

Maclaren, Leet & Smith, attorneys for respondent.

(J. K.)

*** The parties subsequently intimated to the Court their readiness to file a written consent to waive the objection to the form, in order that judgment should be rendered upon the merits. The Chief Justice replied that the nullity in the proceedings could not be covered by a consent (J. K.)

February 26, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

WILLIAM S. EVANS
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

LOUIS LEMIEUX
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Responsibility—Art. 1055, *C.C.—Fall of wall—Caused by defect of construction—Damages.*

HELD:—1. Where one of the walls of a burned building falls, not solely as a consequence of the fire, but because of an original defect in its construction, the owner is responsible for the damage caused by its ruin.

2. The loss caused by the interruption of the business of a person whose premises have been destroyed by the fall of his neighbour's wall, may be considered in the estimate of damages.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (JETTÉ, J.), Sept. 1, 1887, awarding the respondent $1550 damages. The judgment of the Court below was in the following terms:—

1889.

Evans & Lemieux.

"La Cour, après avoir entendu la plaidoirie contradictoire des avocats des parties sur le fond du procès mû entre elles, pris connaissance de leurs écritures pour l'instruction de la cause, examiné leurs pièces et productions respectives, entendu et dûment considéré la preuve, y compris le rapport des experts nommés par l'interlocutoire du 4 décembre 1884, et les dépositions des témoins entendus subséquemment, et sur le tout délibéré;

"Attendu que le demandeur, locataire et occupant d'une maison située sur la rue St. Henri de cette ville, se pourvoit contre le défendeur, propriétaire d'une grande construction contiguë, lui réclamant des dommages s'élevant à $3,137.90 à raison de la chute du mur de pignon de cette grande bâtisse du défendeur, le 22 juin 1884, à la suite d'un incendie, sur la maison du demandeur, chute qui a eu pour résultat d'écraser la maison habitée par le demandeur et de détruire ses meubles, linges et effets au chiffre de $1137.90, de l'ensevelir lui-même sous les décombres et de lui causer des blessures graves et des dommages qu'il évalue à $1,000, enfin de le priver de cette date au premier mai suivant d'un établissement avantageux et du profit qu'il aurait pu réaliser, dans sa dite maison, estimée à une autre somme de $1,000; le demandeur alléguant que c'est par suite des vices de construction du dit mur écroulé et de l'insuffisance de sa fondation que cet accident a eu lieu, et par suite le défendeur est responsable des dommages réclamés;

"Attendu que le défendeur conteste cette demande, disant que son mur était parfaitement solide, fait suivant les règles de l'art et les réglements municipaux, et que la chute n'en a été causé par aucun vice de construction, mais bien par l'intensité de l'incendie seulement, cause absolument accidentelle et dont le défendeur n'est pas responsable;

"Attendu que la preuve et spécialement le rapport des experts établit clairement que la construction du mur en question était défectueuse et que sa fondation était tout-à-fait insuffisante pour le poids qu'elle devait porter; que

1889.
Evans & Lemieux.

la constatation de l'état véritable de cette fondation par les experts mise en regard de la déposition du témoin Barbeau, constructeur d'icelle et témoin du défendeur, fait énergiquement ressortir l'impéritie grossière et la négligence coupable apportées à la construction de cette fondation, en démontrant ce qui aurait été nécessaire dans l'opinion du dit Barbeau (puisqu'il croyait et affirmait l'avoir fait), et ce qui a été réellement exécuté;

"Attendu qu'il résulte de cette preuve que la chute du dit mur n'a été amenée et produite, lors de l'incendie en question, que par l'insuffisance de sa fondation et des vices de sa construction, et que par suite le défendeur est responsable des dommages qui en sont résultés;

"Attendu que la preuve établit les dommages soufferts: 1o. par perte de meubles, linges et autres effets à la somme de $1,000; 2o. par blessures au demandeur à celle de $50; et 3o. par perte de bénéfices que le demandeur aurait réalisés dans son commerce pendant les dix mois écoulés du 22 juin 1884 au 1er mai 1885, dans l'établissement dont il a été privé par cet accident, à environ $500, lesquelles sommes forment réunies celle de $1550 courant;

"Renvoie les défenses et maintenant l'action pour autant, condamne le défendeur à payer au demandeur la dite somme de $1550, avec intérêt du 11 septembre 1884, date de l'assignation, et les dépens, distraits," etc.

Jan. 22, 1889.]

M. Hutchinson, for the appellant:—

The proof establishes: (1.) That the building of appellant was destroyed by fire, and if a fire had not taken place the presumption is that the building would be standing to-day. (2.) That the building was constructed in the ordinary way, and was of the ordinary strength of buildings of the size it was; that it was well built and of good material, not massive, but well fitted for light manufacturing purposes, for which purpose it was rented. (3.) That the fire which caused the destruction of the building was not due to any fault on the part of the appellant or of any person for whom he would be respon-

sible. (4.) That the falling of the wall was the result of the strength and suddenness of the fire, and was therefore caused by inevitable accident, for which the appellant cannot be held responsible.

Fortin, for the respondent.

CROSS, J.:—

In 1884 the respondent, Lemieux, occupied a house and premises in St. Henry street, belonging to James S. Evans, where Lemieux carried on the business of hotel and boarding-house keeper. It adjoined a lofty building owned by the appellant, William S. Evans, which the latter had leased to Skelton Bros. for manufacturing purposes. This last building was destroyed by fire on the 22nd June, 1884. During the progress of the fire the building of the appellant collapsed, and the wall of it, which adjoined the building occupied by Lemieux, which wall was built on a stone foundation, fell over upon the house occupied by Lemieux, crashing through the house, destroying Lemieux's furniture and movable effects, inflicting serious injuries on his person, and practically turning him out of the premises, which were wrecked and rendered unfit for occupation, whereby Lemieux was obliged to seek for other premises to carry on his business. He thereupon brought his present suit against the appellant for indemnity for the damage he had sustained, which he attributed to the fault of the appellant, and especially to the insufficiency of the walls of his building which had so fallen and caused the damage in question.

William S. Evans, the appellant, denied his liability for the damages. He claimed that his walls were sufficient, that his building had been constructed in accordance with the requirements of the city by-laws, and that the damage was the result of a pure accident for which he was not responsible.

A voluminous enquête was made on this issue, including an *expertise* ordered by the presiding judge, and after a final hearing, judgment was rendered in the Superior

1880.

Evans & Lemieux.

Court on the 1st of September, 1887, awarding the respondent $1550 for his damages, distributed as follows:— $1000 for the furniture and movable effects destroyed, $50 for the personal injuries which Lemieux sustained, and $500 for the loss of his business. From this judgment William S. Evans has appealed.

No special objection has been taken to any particular class of the damages awarded. The contention has been broadly that William S. Evans was not in fault; that his walls were sufficient; that his building conformed to the requirements of the city by-laws, and that the damage was the result of a pure accident, for which he, the respondent, was not responsible.

I have the impression that the falling of the wall of a proprietor on the property of his neighbour, whereby damage is caused, would, of itself, form a presumption that there was fault on the part of the proprietor whose wall had fallen and caused damage. But the question is not submitted to the Court in this form; it is unnecessary, therefore, in this case to solve such a proposition, nor do I intend to do so.

Art. 1055 of the Civil Code declares the owner of a building responsible for the damage caused by its ruin where it has happened for want of repairs or from an original defect in its construction. The case is reduced to a question of evidence as to the sufficiency of the wall of the appellant. On this we have come to the conclusion that the weight of the testimony is in favour of the judgment. Defects were noticed in the walls; they were off the plumb, bulged out, and not united with the adjoining building; they were cracked in various places; the building was some 70 feet high, very unsubstantially constructed, and shook when inconsiderable weights were passed over the floors in the upper stories. It was not strong enough for the purposes for which it was used; it had the reputation of being unsafe, and opinions were expressed that it would fall whether there was a fire or not. The chief of the firemen had warned his men of its insecurity, and one tenant had left the Lemieux

premises in dread of its falling. It probably conformed to the requirements of the city by-law, but was not constructed *selon les règles de l'art*, especially in regard to one particular which was considered of great importance in the decision of the case of *Shaw* v. *St. Louis* (8 Can. S. C. R. 385). The superstructure of brick, instead of being placed on the centre of the thicker stone wall foundation, was placed on the edge of it, therefore causing the weight of the brick wall to press unfairly on the stone wall, thereby causing a leverage tending to the insecurity and upset of the brick wall when carried to a certain height. The following is an extract from the report of the experts :—

" Enfin généralement si cette fondation a été construite " suivant les règles de l'art et de manière à offrir les garanties " de solidité et de securité requises dans la construction " des bâtisses telle que celle pour laquelle elle a été faite ; " les comparants répondent (M. McLea Walbank dissi- " dent) que cette fondation n'est pas construite suivant " les règles de l'art, vu que le mur actuel en pierre en " fondation n'a pas assez d'épaisseur pour supporter la " charge de la construction supérieure, vu que le mur " supérieur avait à-peu-près soixante-dix pieds de hauteur, " et vu que le mur de brique a été bâti tout sur un côté du " mur de pierre au lieu de l'être sur le milieu."

It may be questioned whether the last item of damage, $500 for Lemieux's loss in business, is put upon the correct ground ; the amount is moderate, and it can easily be conceived that he was put to that amount of cost and damage by the inconvenience of being turned out of his house, the interruption to his business and his being obliged to obtain and move to other premises which were not so convenient for his business ; besides his allowance on the other items is less than it might have been.

With the proof as thus read, I believe we should have no difficulty in confirming the judgment appealed from. The Court here have concluded to confirm the judgment, and it is accordingly confirmed.

1889.

Evans & Lemieux.

Bossé, J. :—

Le demandeur, ci-devant locataire et occupant d'une maison située sur la rue St-Henri de cette ville, se pourvoit contre le défendeur propriétaire d'une grande construction contiguë, lui réclamant des dommages s'élevant à $3,137.90, à raison de la chute du mur de pignon de cette bâtisse, le 22 juin 1884, à la suite d'un incendie, sur la maison du demandeur, chute qui a eu pour résultat d'écraser la maison habitée par le demandeur et de détruire ses meubles, linge et effets au chiffre de $1,137.90, de l'ensevelir lui-même sous les décombres et de lui causer des blessures graves et des dommages qu'il évalue à $1,000, enfin, de le priver de cette date au premier mai suivant d'un établissement avantageux et du profit qu'il aurait pu réaliser, estimé à une autre somme de $1,000 ; le demandeur alléguant que c'est par suite des vices de construction du dit mur écroulé et de l'insuffisance de sa fondation que cet accident a eu lieu, et que par suite le défendeur est responsable des dommages réclamés.

Le défendeur conteste cette demande, disant que le mur de sa maison était parfaitement solide, fait suivant les règles de l'art et les règlements municipaux, et que la chute n'en a été causée par aucun vice de construction, mais bien par l'intensité de l'incendie seulement ; cause absolument accidentelle, et dont le défendeur n'est pas responsable.

La Cour Supérieure accueillant la théorie du demandeur, que la chute du mur avait été causée par un vice de construction et non exclusivement par l'intensité de l'incendie, a déclaré le défendeur responsable des dommages soufferts, et l'a condamné à payer $1,550, savoir, $1,000 pour dommages aux meubles, linge et autres effets, $50 comme compensation pour les blessures souffertes, et $500 pour perte de bénéfice que le demandeur aurait réalisé dans son commerce du 22 juin 1884, au premier mai 1885, dans l'établissement dont il a été privé environ dix mois.

C'est ce jugement qui est porté en appel.

Le dossier contient une preuve volumineuse, faite de

part et d'autre, sur la solidité des murs de la bâtisse Evans, et un rapport d'architectes experts, MM. Walbank, Raza et Poitras, nommés par la Cour pour faire l'examen des fondations de la maison et en faire rapport.

Je suis d'opinion, que d'après les dépositions des témoins produits par les parties, il est établi que le mur du pignon qui est tombé sur la maison du demandeur était dans un état déplorable, et que l'incendie n'a fait qu'en hâter la chute ; mais s'il y avait doute il disparaîtrait en présence du rapport des experts.

A la question qui leur était soumise, "si cette fondation a été construite suivant les règles de l'art et de manière à offrir les garanties de solidité et de sécurité requises dans la construction de bâtisses telles que celle pour laquelle elle a été faite ; " les experts répondent, M. McLea Walbank dissident : "que cette fondation n'est pas construite suivant les règles de l'art, vu que le mur actuel en pierre en fondation n'a pas assez d'épaisseur pour supporter la charge de la construction supérieure, vu que le mur supérieur avait à peu près soixante-dix pieds de hauteur, et vu que le mur de brique a été bâti tout sur un côté du mur de pierre au lieu de l'être sur le milieu."

M. Walbank dit: "que le mur en pierre actuel en fondation est suffisamment fort pour supporter la surcharge de la construction supérieure, et que ce mur a été bâti suivant les règlements de la cité concernant les constructions des bâtisses et pour prévenir les accidents contre le feu, voir le règlement No. 107."

La réponse de M. Walbank ne me paraît pas satisfaisante.

Il ne lui était pas demandé si le mur était ou non conforme aux règlements municipaux, et peu importe d'ailleurs, qu'il le fût ou non, dès que sa solidité n'était pas suffisante. De plus M. Walbank en parlant de ces règlements ne les fait appliquer qu'au mur et non aux fondations, qui seules sont mentionnées dans la question posée par le tribunal, question à laquelle il ne répond pas.

Ce rapport d'experts n'a pas été attaqué par le défen-

1889.
Evans & Lemieux.

deur par d'autres moyens que par une demande générale qu'il fût rejeté. Il ne paraît y avoir aucune objection ni aux experts eux-mêmes, ni à leur forme de procéder, et dans ces circonstances, et vu surtout qu'il est conforme à la preuve tel que je l'apprécie il me parait que nous devons l'adopter.

Si tel est le cas l'on doit dire, que le défendeur est responsable des dommages qui sont la conséquence de ce vice de construction.

Mais, dit le défendeur, si l'incendie n'avait pas eu lieu le mur ne serait pas tombé, partant c'est un accident causé par le feu seul et je n'en suis pas responsable.

Sur ce point je trouve dans Richard, traité de la responsabilité civile, page 19, le passage suivant: "Il faut en- "tendre par dommages immédiats tous ceux dont l'incen- "die a été la cause productrice. Mais, bien entendu, nous "ne voulons parler que de ceux qui se relient directement "à l'incendie, et non de ceux qui n'en sont qu'une suite "éloignée et qui auraient pu provenir de toute autre cause. "Ainsi, les dégâts causés par l'incendie aux propriétés voi- "sines, que l'on appelle dommages par communication "ou par voisinage, sont des dommages immédiats lors- "qu'ils se produisent pendant l'incendie et par ses effets; "dans le cas contraire, ils demeurent étrangers au sinistre. "C'est ainsi que, lorsqu'un mur s'écroule, par le fait de "l'incendie, sur une propriété voisine, ou est renversé "pour arrêter les progrès du feu, les dégâts de sa chute "sont des dommages immédiats et de voisinage, tandis "qu'au contraire lorsqu'un pignon, resté debout, est abattu "quelques jours après l'incendie, par défaut d'étayement "ou par un ouragan, et tombe dans un jardin voisin, le "propriétaire de ce jardin n'a aucune action contre le pro- "priétaire de la maison incendiée, parce que la chute du "pignon ne peut être considérée comme une conséquence "du sinistre, et ne doit être imputée qu'à celui qui avait "la charge ou la mission de la prévoir et de l'empêcher."

Mais, il n'est pas même nécessaire de décider cette question pour arriver à la confirmation du jugement.

Les murs d'une construction incendiée ne croulent pas

toujours en raison d'un incendie. Quand ils sont bien faits ils résistent. Dans l'espèce ils paraissent avant le feu n'avoir été retenus que par les poutres ; ils avaient déjà laissé les planchers de deux et trois pouces, et dès le commencement de l'incendie les quatre pans se sont écrasés à la fois.

La responsabilité me parait évidente.

Reste la mesure des dommages.

Elle me parait bien définie par Richard, No. 35. "De "même, il n'est pas douteux qu'un commerçant ou un "industriel devrait être indemnisé du dommage résultant "de la suspension de son commerce et de l'interruption "momentanée de ses affaires, survenues par suite de la "fermeture de son magasin ou de sa fabrique," et No. 121 : "Le chômage industriel et commercial se calcule "d'après sa durée, en ayant égard aux affaires dont le "mouvement a été interrompu par l'incendie, aux relations "que ce sinistre a pu faire cesser ou empêcher de se for-"mer, aux dépenses d'installation provisoire et de réins-"tallation qu'il a nécessitées ; le tout apprécié suivant "l'état de prospérité ou de décadence de l'industrie ou du "commerce momentanément arrêté par l'incendie.

"Il n'est pas plus possible de poser de règles à ce sujet "qu'à l'égard de la preuve du chômage négatif dont nous "avons parlé plus haut."

La Cour Supérieure a, suivant moi, fait une juste application de ces règles, et le montant accordé me parait amplement justifié par la preuve.

Je suis d'opinion de confirmer le jugement.

Judgment confirmed.

Macmaster, Hutchinson, Weir & Maclennan, attorneys for appellant.

Robidoux, Fortin & Rocher, attorneys for respondent.

(J. K.)

February 26, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, CHURCH, and BOSSÉ, JJ.

THE NORTH SHORE RAILWAY CO.,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

JOHN McWILLIE ET AL.,
(*Plaintiffs in Court below*),
RESPONDENTS.

Railway—Damage caused by sparks from locomotive—Responsibility of Company—Prescription—Joint action by insurers and owner of buildings destroyed.

HELD:—1. (Following *Grand Trunk Railway Co. & Meegan*, M.L.R., 1 Q.B. 364), That a railway company is responsible for damage caused by sparks escaping from its locomotives, even in a case where the company has complied with all the requirements of the law, and has used the most approved appliances to prevent the escape of sparks.

2. The insurers who have paid part of the loss, and are subrogated *pro tanto*, and the owner of the buildings destroyed, may sue jointly for damages, for their respective claims.

3. The prescription of one year under 43-44 Vict. (Q.) c. 24, s. 6, applicable to claims for damages against provincial railways, applies where the damage was caused by a train of a company under provincial control, though the train was running at the time on a portion of the line of a federal railway company over which the former had running rights.

4. The same prescription applies though the provincial railway before the accident occurred, had been transferred by 46 Vict. (D) c. 9, s. 27 to Dominion control.[1]

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (CIMON, J.) April 4, 1887, maintaining the action of respondents. The judgment of the Court below was in the following terms:—

[1] The prescription is now the same under both provincial and federal law. The Dominion Act, 51 Vict., ch. 29, s. 287, passed since the institution of this suit, provides that all actions or suits for indemnity for damages or injury sustained by reason of the railway shall be brought within one year.

"La Cour etc.....

"Considérant que les demandeurs ont prouvé que le 24 août 1883, des étincelles lancées par la locomotive No. 20 de la défenderesse, tirant alors le train No 36 de la défenderesse, la dite locomotive et le dit train, alors la propriété et au service et sous le contrôle et la direction de la défenderesse, ont porté le feu aux bâtisses du demandeur, John McWillie, situées sur sa propriété No. 346 du cadastre dans la paroisse de St.-Laurent, près de Montréal, au moment où le dit train passait près de cet endroit, en route pour Montréal, et que ce feu a détruit les dites bâtisses et tout leur contenu, grains, foins, instruments d'agriculture &c., et deux chevaux, causant ainsi au dit demandeur John McWillie des dommages au montant de $10,980; 1889. North Shore R. & McWillie.

"Considérant que ces étincelles ont été ainsi lancées sur ces bâtisses par la négligence et l'imprudence des employés de la défenderesse en charge de la dite locomotive et du dit train; que, d'ailleurs, la défenderesse est responsable, quand même, du dommage que ces étincelles ont causé à autrui, sur les propriétés voisines du chemin, et que le demandeur John McWillie n'a été, dans la circonstance, nullement en faute;

"Considérant que la demanderesse 'The Liverpool & London & Globe Insurance Company' a payé au demandeur, John McWillie, $6,315, étant le montant pour lequel elle avait assuré partie des biens brûlés et que le demandeur John McWillie l'a pour autant subrogé contre la défenderesse;

"Considérant que la loi du Parlement du Canada ne s'applique pas au présent cas, vu que la défenderesse est poursuivie en dommages pour avoir contrevenu dans la province de Québec, à une loi civile de cette province, et que la prescription de six mois invoquée par la défenderesse n'existe pas à l'encontre de la présente action;

"Considérant que les défenses et exceptions de la défenderesse ne sont pas fondées; les renvoie et condamne la défenderesse à payer aux demandeurs la dite somme de $10,980, dans les proportions suivantes, savoir; $6,315 à

1889.
North Shore R. & McWillie.

la demanderesse "The Liverpool & London & Globe Insurance Company," et $4,665 au demandeur, John McWillie, avec intérêt du treize juin 1884, et les dépens distraits, etc."

CIMON, J., in rendering the judgment of the Court below, made the following observations:—

Les demandeurs sont: *John McWillie* et *The Liverpool & London & Globe Ins. Co.* Ils allèguent que, le 24 août 1888, des étincelles, lancées par une locomotive d'un train de la défenderesse, ont mis le feu aux bâtisses que le demandeur McWillie occupait sur sa terre, dans la paroisse de St-Laurent, près de Montréal. Cette terre est traversée par cette partie du chemin de fer du Pacifique, entre St-Martin et Montréal. La défenderesse était alors propriétaire du chemin de fer du Nord de Québec à St-Martin, elle l'exploitait, et avait le droit de passer ses trains sur le chemin de fer du Pacifique de St-Martin à Montréal pour les rendre à cette dernière ville. Cette locomotive était alors la propriété de la défenderesse, sous son contrôle, et à son service, et trainait un train de fret de la défenderesse sur le chemin de St-Martin à Montréal. Ils prétendent que ce feu a détruit des biens appartenant à McWillie pour une valeur de $10,980; et que cet incendie est dû à la négligence et à la faute de la défenderesse. La compagnie d'assurance demanderesse avait assuré une partie de ces biens au montant de $6,315, qu'elle a payé à McWillie qui l'a subrogé pour autant dans ses droits contre l'auteur de l'incendie. En conséquence, l'action conclut que la défenderesse soit condamnée à payer $10,980, montant total des dommages, comme suit: $6,315 à la Compagnie d'Assurance demanderesse, et $4,665 au demandeur McWillie, et les dépens.

La défenderesse plaide:

1. "Que l'incendie n'a pas été allumé par des étincelles "de sa locomotive;

2. "Qu'en supposant que le feu aurait été mis par une "ou des étincelles ou quelques matières inflammables "provenant des engins de la défenderesse, ce que la dé- "fenderesse nie expressément, cette dernière n'en serait

1889.

North Shore R. & McWillie.

" pas encore responsable, parceque les dits engins se " trouvaient dans les conditions requises ou voulues par " la loi, et que la défenderesse a usé de toutes les dili- " gences et des précautions voulues en se servant des dits " engins ;"

3. Prescription de six mois.

Il n'y a pas de doute que, le 24 août 1883, vers deux heures et dix minutes de l'après-midi, le feu a pris aux bâtisses du demandeur McWillie, a détruit deux maisons, deux granges et étable, et leurs dépendances, tout leur contenu, meubles, grains, foin, instruments d'agriculture, deux chevaux, etc., et lui causant, par là, des dommages pour $10,980.

1. *Le feu a-t-il été mis par la locomotive de la défenderesse ?*

Le témoin John H. Bromby, un des voisins de McWillie, était dans son champ, vers deux heures et dix minutes, cet après-midi-là. Il regardait aller ce train de la défenderesse. C'était un train lourd qu'avançait difficilement, lentement : il gravissait une côte. " I noticed— " dit-il—*that she was sending out great large sparks and an* " *awful lot of smoke*..... " I think MORE than I ever saw an engine throwing." Le vent dirigeait ces étincelles vers les bâtisses de McWillie. Ce vent était " *very strong, very heavy wind.*" Le train passait alors vis-à-vis la propriété de McWillie, dont les bâtisses sont tout près du chemin de fer. Et le témoin dit :

" Q. Did you see sparks flying from that engine ?

" A. Yes, I did.

" Q. Whereabouts ?

" A. *Down right upon the side of Mr. McWillie's horses' sta-* " *ble.*

" Q. Where did you first see the fire in McWillie's ?

" A. *It was at the side of the horses' stable—it started up at* " *the side like—at the side next to the track.* .....

" The *wind* was *so strong* that the fire took *all right up* " *at one flash. No sooner were the barns on fire that the houses* " *were on fire*—we could not save anything.

1889.
North Shore R. & McWillie.

" Q. The sparks—did they come from the locomotive " or the cars ?

" A. From the engine, from the smoke stack. I was " watching the cars coming up, before that, *as they had* " *such an awful hard job to get up.* Sometimes they do " not get up—they have to leave off half the cars some- " times, and come back for the rest..... ..... " I watched it for ten minutes like that..... " I was still watching the train until I saw it coming " right up to Mr. McWillie's place, and *all the way up it* " *was throwing out sparks, and when it came to McWillie's* " *place sparks fell on some straw right aside the building, and* " *in a moment, it was all in a blaze—it seemed as if it fell on* " *some straw, as* IT LIT UP SO QUICKLY."

Il y a à peu près 77 pieds du centre de la voie ferrée à aller à l'endroit où le feu a commencé.

William Alcock, qui était alors à l'emploi de McWillie, se trouvait dans le champ de ce dernier, tout près de l'endroit où le feu a pris et à une trentaine de verges du chemin de fer. Il était à parler avec McWillie. Il témoigne ainsi :

" Q. Before you saw the fire, did you see any train " coming along the railroad track ?

" A. Yes, there was an engine coming along with a " *big heavy load on, puffing and making sparks fly from the* " *engine* just coming up,—she had fifteen cars on which " was *a big long train.*

" Q. And you looked at the train as it came along ?

" A. I looked at her before she got up to the building, " but when she got up, I could not look at her *as I had* " *to turn my head around to save the sparks from my face* " when I was talking to the plaintiff, and his two " daughters were standing beside us and cried out : Oh ! " pa, look at the fire, just as the engine passed, and the " place took on fire.

" Q. The sparks that fell on your place, where did " they come from ?

" A. They came from the engine—*there was nowhere else* " *for them to come from, there was nothing else passing, and*

1889.

North Shore R. & McWillie.

" *there was no fire there before that, there was no fire and no one* " *was smoking—there was only the plaintiff there and his two* " *daughters*..... IT (the fire) TOOK ON " THE DUNG SHED FIRST NEXT THE STABLE. The dung " shed is lower than the stable, that is the dung is at the " gable end of the stable..... *I never saw* " *a train throwing sparks so bad*.....

" Q. Did you see any sparks falling on the building ?

" A. No, I did not see any.....

" Q. Was the fire that you saw taking the shed, was it " outside or inside of it ?

" A. *It started outside, along the side of it.*

" Q. There was no fire inside the stable ?

" A. *No, there was no fire inside.*

" Q. It came from outside to inside ?

" A. *It came from outside* ..... " *The fire started on the dung shed and came on to the gable* " *end of the stable.*"

Maria McWillie, jeune fille du demandeur, dit :

" Q. Did you see smoke and sparks coming out of the " engine as it came up ?

" A. Yes.

" Q. Where did these sparks fall ?

" A. *Beside the manure shed* (c'est le même que le dung " shed)."

Les étincelles tombaient sur son visage, et, alors, elle a détourné son visage " *and saw the sparks beside the manure* " *shed.*"

L'autre jeune fille du demandeur, Mary Annie McWillie, corrobore les autres témoins, et dit dans les trans-questions :

" Q. Did you see any sparks falling *near the dung shed ?*

" A. *Yes.*

" Q. Where did you see the sparks falling, was it on " the dung shed, or around the dung shed ?

" A. *Beside the dung shed.*

" Q. How far from the dung shed, five or ten feet ?

" A. *Close beside it.*"

Joseph Plante, employé par la Compagnie du chemin

1889.
North Shore R. & McWillie.

de fer du Pacifique, qui était à la station voisine, dit que l'engin lançait une grande quantité d'étincelles, même "*unusual quantity.*"

Ce sont là les témoins qui ont eu connaissance de la manière dont l'incendie a commencé.

Ce jour-là, il faisait bien chaud, tout était bien sec, et propre à prendre feu rapidement.

Ce train, dont parlent les témoins, en était un de la défenderesse. C'était le train No. 36, trainé par l'engin No. 20. Il n'a pas passé d'autre train dans ce temps-là.

Il semble à la Cour qu'il ne peut y avoir de doute que le feu a été mis aux bâtisses de McWillie par ces étincelles de la locomotive de la défenderesse. On ne peut expliquer ce feu autrement. Dans son factum, la défenderesse prétend que le feu aurait pris *en dedans* de la bâtisse, et il en conclut qu'il n'a pu être mis là par les étincelles de la locomotive. Mais la preuve démontre le contraire. "*It started outside, along the side of it (dung shed).*" La défenderesse prétend encore, dans son factum, que le feu aurait été mis par Alcock, et un autre employé de McWillie, en fumant dans la bâtisse. Mais ce n'est là qu'une simple supposition, pas même appuyée de l'ombre d'une preuve ; et Alcock jure qu'il n'a pas fumé, et qu'il n'a pas vu son compagnon fumer, et qu'il n'y avait pas de feu en dedans. Dans tous les cas, le feu a pris par le *dung shed*, et non dans l'étable ; c'est du *dung shed* qu'il a gagné l'étable des chevaux. On ne peut soupçonner aucun autre feu autour ou près des bâtisses, que celui venu de ces étincelles. Il n'y a aucune négligence de McWillie ; et il a tout fait pour que ses bâtisses soient le moins possible exposées à prendre feu par les étincelles des locomotives. Il y avait autour des bâtisses aussi peu de paille que possible. La défenderesse dit de plus qu'il est impossible que les étincelles qui se sont échappées de sa locomotive aient pu aller mettre le feu si loin, à 77 pieds, et elle produit des témoins qui jurent que la chose est peu probable, mais ils ne disent pas que c'est impossible. Cette preuve ne peut tenir quand des témoins, *tout à fait dignes de foi*, jurent avoir vu—de leurs yeux vu—ces étin-

celles tomber "*close beside it (dung shed)*." Le demandeur a fait tout son possible pour éteindre le feu, mais il n'a pu réussir.

2. *La défenderesse est-elle responsable aux demandeurs des dommages causés par cet incendie ?*

Il semble à la Cour que la défenderesse est en faute et qu'elle a été bien négligente. Il est certain que la locomotive lançait une quantité très considérable d'étincelles, même "*unusual quantity*." La défenderesse se trouve en dehors des cas de précaution et de prudence ordinaires. Et pourquoi ? Parce que le train était trop lourd, il fallait le chauffer davantage pour gravir cette côte. Si ce train eut été divisé, il aurait été plus léger, et on aurait moins chauffé. Que la défenderesse supporte donc les conséquences du risque qu'elle a alors voulu courir. Ses employés devaient voir toutes ces étincelles ; ils voyaient que le vent fort qu'il faisait les portait vers les bâtisses du demandeur ; et c'était leur devoir, en approchant ces bâtisses, de faire en sorte de diminuer ces étincelles et d'en amoindrir a force. La défenderesse ne parait donc pas —quand bien même sa locomotive avait toutes les perfections possibles,—avoir usé de toutes les précautions voulues dans cette circonstance.

Et, même, en admettant que la locomotive avait les améliorations les plus perfectionnées pour retenir les étincelles, et en admettant que la défenderesse a usé de toutes les diligences et précautions voulues, la défenderesse est encore, d'après notre loi civile, responsable de ces dommages, ainsi que la Cour d'appel l'a jugé, notamment dans la cause *Grand Trunk R.R. Co. & Meegan*, M. L. R., 1 Q. B., p. 364. Cela est fondé sur ce principe, que l'on peut bien user de sa propriété à son gré, mais, comme dit Pothier, (prop., No. 44) "sans donner, néanmoins, at- " teinte au droit d'autrui." Si une compagnie de chemin de fer est maitresse chez elle et a le droit d'exploiter son chemin comme elle l'entend, sans que ses voisins puissent empiéter ou faire passer quoique ce soit sur sa propriété pour lui nuire ; d'un autre côté, elle est tenue de rester dans les limites de sa propriété et de ne pas faire passer

1889.
North Shore R. & McWillie.

de sa propriété chez son voisin aucune chose nuisible, autrement elle est responsable du dommage. C'est ce que Pothier (soc. No. 235) exprime clairement en disant : " Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son " héritage, *de manière qu'il ne nuise pas à son voisin :* domum " suam unicuique reficere licet, *dummodo non officiat invito* " *alteri, in quo jus non habet ;* L. 61, ff. de R. J. Cette règle " doit s'entendre en ce sens, que quelque liberté qu'un " chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héri- " tage, *il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque* " *chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible : in suo hactenus* " *facere licet quatenus nihil in alienum immittat ;* L. 8, § 5, ff. si " serv. vind." No. 241. " C'est sur ce même principe " qu'il n'est pas permis de faire sur son héritage quelque " chose qui enverrait dans la maison voisine une fumée " trop épaisse et trop incommode, telle que celle qui sort " d'un four à chaux, ou d'un fourneau à brûler les lies de " vin ; L. 8, § 5, ff. si serv. vind."

Sans doute, l'exploitation des chemins de fer est dans l'intérêt public ; et les voisins sont obligés d'en souffrir les inconvénients ordinaires, tel que le bruit ordinaire que font les locomotives et les trains en passant, etc. Mais cela ne va pas jusqu'à rendre les compagnies indemnes de l'incendie causé par ses étincelles. Cela n'est pas un inconvénient ordinaire des chemins de fer.

Dans ce pays-ci, s'il y a quelque chose en faveur, c'est bien la colonisation ; et, cependant, les tribunaux ont à diverses reprises, et avec raison, condamné le colon qui avait mis le feu à ses abattis pour les fins de défrichement, à payer les dommages que ce feu, en s'étendant ou se transportant chez le voisin, a pu causer à ce dernier (vide *Fordyce & Kearns*, 15 L. C. J. 80 ; *Lamothe & Bissonnette*, 14 R. L. 129 ; *Domat*, *liv.* 2, *tit.* 8, *sec.* 4, *No.* 9, *à la note ;* 11 *Toullier*, *No.* 155). Nos lois civiles nous rendent encore responsables du feu que l'étincelle échappée de la cheminée de notre maison allume chez le voisin, ainsi que cela a été décidé dans la cause *Dufaux & Roy et al.*, 14 R. L. 511.

La loi ne frappe donc pas les compagnies de chemin de

fer plus dûrement que les citoyens ordinaires. Et pourquoi auraient-elles plus de priviléges qu'eux ? Et pourquoi la victime de l'incendie n'aurait aucun recours contre l'auteur du dommage, et devrait-elle subir cette perte sans mot dire ? Ça serait, ni plus, ni moins, l'exproprier sans indemnité, contrairement à l'art. 407 du C. C. N'est-il pas plus juste que ces compagnies soient tenues de réparer le dommage, puisqu'elles ont les bénéfices de l'exploitation de leurs chemins de fer ? En préparant leurs tarifs, elles peuvent faire entrer en ligne de compte le risque de ces dommages.

La Cour est d'avis que la défenderesse est tenue, par nos lois, de rembourser les dommages réclamés, mais reste la dernière question.

3. Prescription de six mois.

La loi des chemins de fer du Canada, savoir, la sec. 27 du ch. 9 de 42 Vict., prescrit par six mois les actions en dommages contre les Compagnies de chemin de fer ; tandis que la loi des chemins de fer de la Province de Québec, par la sec. 27 de 43-44 Vict., la prescrit par douze mois.

L'action a été intentée après les six mois, mais en dedans des douze mois.

La loi du parlement du Canada peut-elle s'appliquer ici ? La défenderesse, dans son factum, dit :

" Nous soumettons que la loi qui gouverne notre cas " est la loi fédérale, et non la loi provinciale, parceque " l'accident est arrivé sur un chemin de fer fédéral.

" L'accident est arrivé, comme le dit la déclaration, sur " le chemin de fer Pacifique Canadien gouverné par la " loi fédérale et appartenant à la Compagnie du même " nom incorporée par un acte fédéral, 44 Vict. ch. 1.

" Ce chemin appartenait à la Compagnie du Pacifique " pour l'avoir acquis du gouvernement de Québec par " acte 45 Vict. (Q), ch. 18 et 19..... Après " avoir été incorporé comme chemin provincial par 32 " Vict. ch. 55 sous le nom de *Chemin de Colonisation du* " *Nord*, il fut déclaré chemin fédéral en 1873, par acte du " parlement fédéral 36 Vict. ch. 82, et l'a toujours été de-

1889.
North Shore R. & McWillie.

" puis. Le chemin de fer traverse d'une province à l'au-
" tre et ne peut pas être chemin provincial.....
" Il n'a pas été contesté par les demandeurs que le che-
" min de fer lui-même était un chemin de fer fédéral,
" mais l'objection faite est que la Compagnie défende-
" resse qui est accusée d'avoir mis le feu lorsqu'elle opé-
" rait sur un chemin de fer fédéral, est une compagnie
" incorporée par la législature provinciale. Nous ne
" croyons pas que ça soit là une objection. Si le chemin
" de fer est fédéral, il est certainement gouverné par la
" loi fédérale et la Compagnie qui se sert de ce chemin,
" qu'elle soit fédérale, provinciale ou étrangère, est
" sujette aux lois qui gouvernent ce chemin."

La défenderesse n'a pas raison, et la loi fédérale n'a rien à faire ici. La défenderesse est poursuivie devant les tribunaux de cette province de Québec, pour avoir, dans cette province, contrevenu à une de ses lois civiles, exclusivement du ressort de la législature de Québec. En admettant que le chemin de fer est fédéral, le parlement fédéral ne peut, à son sujet, altérer le droit civil de la province où il passe, qu'en autant que cela est absolument nécessaire pour les fins du chemin. Or le chemin peut exister et être exploité sans que la Compagnie soit soustraite à cette partie de notre droit civil qui l'oblige à réparer les dommages qu'elle peut causer à autrui, en laissant ses étincelles aller porter le feu chez le voisin. Remarquons que ce n'est pas dans les limites du chemin que le dommage ont eu lieu ; mais la Compagnie a sorti de son terrain et est allé mettre le feu chez le voisin, c'est-à-dire elle a fait cela en laissant ses étincelles aller chez ce voisin. C'est un délit civil, ou au moins un quasi délit civil, que la défenderesse a commis dans les limites de la province, et la défenderesse est appelée à payer la dette des dommages résultant de ce délit, ou quasi délit, dont la prescription, par le code civil, est de deux années. L'auteur de ce délit, qu'il soit de la province de Québec, ou un étranger, poursuivi ici, est tenu de réparer les dommages en résultant en vertu de notre code civil, et non en vertu de l'acte des chemins de fer fédéraux. Le

parlement du Canada n'a pas plus droit de décréter que cette action en dommage sera prescrite par six mois, qu'il a le droit de décréter que les dettes civiles, que la défenderesse contractera dans la province de Québec, se prescriront par six mois. Il n'appartenait qu'à la législature de Québec de fixer cette prescription.

La Cour est donc d'avis que l'action n'est pas prescrite, et qu'elle doit être maintenue ; et, pour les raisons mentionnées en l'action, elle condamne la défenderesse à payer aux demandeurs la somme de $10,980, à savoir : $6,315 à la demanderesse *The Liverpool & London & Globe Insurance Company*, et $4,665 au demandeur John McWillie, avec intérêt à compter de la signification de l'action, et les dépens.

January 18, 1889.]

Lacoste, Q.C., for the appellant :—

On the question of prescription :

L'appelante a plaidé :

1o. La prescription de six mois apposée par la 42 Vict. ch. 9, s. 27.

Le chemin de fer sur lequel passait le train, lors de l'accident, était un chemin de fer fédéral.

En vertu de la section 27 de l'acte refondu des chemins de fer, 1879, toute action en compensation de dommages ou torts éprouvés à raison du chemin de fer, doit être intentée dans le cours des six mois qui suivent la date où le dommage a été éprouvé.

Le feu a eu lieu le 24 août 1883 et l'action n'a été intentée que le 9 juin 1884, c'est-à-dire près de dix mois après l'accident.

L'action était donc prescrite.

Geoffrion, Q.C., and *Cramp*, for the respondents .—

The action in the Court below was to recover the value of houses, barns, and other buildings, on a farm, in the parish of St. Laurent, and their contents, destroyed by fire, caused by engine of Company appellant.

The respondents pleaded (besides the general issue) that their engines were in perfect order, and that the Company defendant used every precaution and diligence

1889.
North Shore R. & McWillie.

possible in the running of said engines, and were guilty of no negligence, and were not responsible, even if said fire was caused by sparks from their engines. Respondents also pleaded a plea of six months' prescription.

The points of law are:

1st. As to right of joint action by the respondent, McWillie, the owner of the property destroyed, and the insurance company who paid McWillie part of the loss, and are subrogated by him.

We cite, on this point, *Quebec Fire Insurance Co.* v. *Molson*, 1 L. C. R., p. 222; *Legaré* v. *Queen Ins. Co.*, 18 L. C. J., p. 135; *Têtu* v. *Garneau*, 1 Q. L. R., p. 355, as showing respondent's course to be the correct one.

2nd. Supposing the fire in question to have been caused by sparks from an engine of the Company appellant, is it liable, notwithstanding that it be proved that the engine was fitted with a screen, to prevent exit of sparks, of the latest and best construction?

On this point it is submitted that, in the first place, there is clear evidence of negligence or fault on the part of the Company. It appears from the evidence that it was an up grade passing McWillie's farm, and the train was an unusually long and heavy one.

This part of the road was well known to be one where there would be a great strain on the engine, and a fiercer fire would be required if the load to be drawn was heavy.

It is clear that the escape of an unusual quantity of sparks either arose from a defective state of the screen, or else that the sparks were forced out in such a quantity notwithstanding the screen, because there was too heavy a load for the engine to draw on such an up grade, and that to accomplish it an unusual and extraordinary fire was made. At the time of the year—the end of a hot summer, when everything was very dry—it was imprudent for the Company appellant to act as they did; the load should have been divided.

But, apart from this proof, it is submitted that the law of the Province of Quebec makes appellant responsible

(*vide* 1 L. C. R. 222, *Quebec Fire Insurance Company & Molson*; *Grand Trunk Ry. Co. & Meegan*, M. L. R., 1 Q. B. 394).

3rd. *Question of prescription.*—Appellant's plea on this point merely alleges that the action is prescribed, not having been instituted within six months of the fire. Before the Court below, its pretensions were that the railroad from St. Martin's Junction to Montreal, which crosses McWillie's farm, belonging to the Canadian Pacific Railway Company, the six months' prescription of Sec. 27 of the Dominion Railway Act—Revised Statutes, p. 1488—applies to damage done by the engines of the North Shore Railway Company when using their statutory running powers over this part of the road, although the North Shore Railway Company is incorporated by the Legislature of Quebec, and the statutory prescription of twelve months under the Quebec Railway Act forms part of its charter.

In the year 1882 the Company appellant was incorporated by statute, Province of Quebec, 45 Vict. ch. 20, and the Government of the Province of Quebec sold it to the eastern section of the Quebec, Montreal, Ottawa & Occidental Railway running from St. Martin's Junction to the city of Quebec, with running rights from St. Martin's Junction to Montreal over the remainder of the said Quebec, Montreal, Ottawa & Occidental Railway sold to the Canadian Pacific Railway Company.

The Act incorporating the Company appellant was assented to the 27th May, 1882, and by this Act—sec. 17, appendix of ch. 20—the "Quebec Consolidated Railway Act, 1880," was incorporated with and formed part of appellant's charter.

By Sec. 27 of "Quebec Consolidated Railway Act, 1880," all suits for damages are to be instituted within *twelve months*; this, therefore, became the prescription applicable to the Company appellant. But for this provision, the two years' prescription under Article 2261 of the Civil Code for *délits* and *quasi délits* would apply.

The North Shore Railway Company was using the running rights over the piece of the railroad from St.

1889.
North Shore R. & McWillie.

Martin's Junction to Montreal as a part of the North Shore Railway. It was a species of right of way, or servitude, inseparably connected with and forming part of the whole North Shore Railway; and this right of way was created at the time of the transfer to the Canadian Pacific Railway, and was a reservation from the grant to the latter Company.

When using it, they were not using it as the employees or agents of the Canadian Pacific Railway Company, or as deriving rights from that Company, but were using it in their own right and as part of their railway, and the position of the Company appellant towards the public was the same as when on other parts of the line.

Bossé, J.:—

L'action est pour $10,980, perte alléguée avoir été soufferte par l'incendie de la ferme McWillie, le 24 août 1883, et réclame ce montant de la Compagnie du chemin de fer du Nord, parce que le feu aurait été mis par des étincelles provenant de la locomotive No. 20 du train No. 36, appartenant à la compagnie défenderesse.

Après l'incendie la compagnie d'assurance, The Liverpool, London & Globe Insurance Co., a payé à McWillie $6,315, sur les polices d'assurance qu'elle avait émanées pour ce montant et elle en demande le remboursement comme subrogée contre la compagnie aux droits de McWillie, et McWillie se porte demandeur avec l'assurance pour réclamer le reste de la perte, $4,665, formant le total de $10,980, pour lequel l'assurance et McWillie se trouvent ainsi demandeurs conjoints, mais dans les proportions que je viens de mentionner.

La défense a été :—

1o. Prescription de six mois sous l'Acte 42 Vict., ch. 9, § 27.

2o. Que le feu n'avait pas été communiqué aux bâtisses par une locomotive appartenant à la dite défenderesse, mais avait originé autrement, et que dans tous les cas il n'y avait pas responsabilité parce que la compagnie avait

pris toutes les précautions nécessaires pour éviter les accidents.

L'analyse de la preuve donne pour résultat les faits suivants :

La ferme de McWillie est traversée par la ligne du chemin de fer du Pacifique entre Montréal et le Sault-au-Récollet, à un endroit où la compagnie du chemin de fer a droit d'usage de cette ligne pour y faire circuler ses convois, et les maisons, granges et étables de McWillie sont situées tout auprès de la ligne, à une distance de quarante ou cinquante pieds des rails.

Lors de l'incendie il faisait un très fort vent, le temps était très chaud et sec, et les cultivateurs étaient occupés à rentrer leur récolte.

Le train No. 36, de la défenderesse se rendant à Montréal devait en approchant la ferme McWillie, et vis-à-vis de la ferme, gravir une rampe très roide, le convoi était long et lourd, et la locomotive à peine assez forte pour lui faire gravir la rampe. Le tirage des feux était activé par l'injection de la vapeur dans la cheminée et il entraînait et projetait au dehors une grande quantité d'étincelles et de petits morceaux de charbon en combustion.

McWillie, ses deux filles, Mary Ann et Maria, et William Alcock, garçon de ferme à l'emploi de McWillie, étaient tous quatre près du chemin de fer, et à environ trente verges des bâtisses, regardant venir le train. Comme la locomotive les dépassait ils furent couverts d'étincelles que le vent chassait de leur côté, et, pour se protéger, furent obligés de tourner le dos au train et faire face aux bâtisses, et presque au même moment les deux filles crièrent à leur père de regarder et voir le feu que l'engin avait mis.

McWillie d'abord, le garçon de ferme ensuite, coururent à l'abris au fumier où le feu était, et avec des planches essayèrent de l'étouffer, mais ils n'avaient pas d'eau, ne purent réussir, et tournèrent leurs efforts au sauvetage des chevaux et animaux. Ils ne parvinrent qu'à faire ortir deux chevaux, les autres furent brûlés de même que toutes les bâtisses de la ferme et leur contenu.

1889.
North Shore R. & McWillie.

La théorie de la défense est, que l'incendie n'a pas été causé par des étincelles de la locomotive, qu'immédiatement après que les deux filles McWillie se fussent retournées pour se protéger le visage contre les étincelles, elles ont crié à leur père de regarder le feu, et qu'il n'y avait pu déjà y avoir de feu mis par les étincelles et déjà déclaré lorsque la locomotive venait à peine de dépasser l'endroit ; qu'il avait dû prendre autrement et auparavant pour être déjà déclaré à ce moment.

Je ne puis me rendre à cette manière de voir, et elle est contredite par toutes les circonstances.

1o. Par le fait que les étincelles tombaient sur l'abris au fumier et qu'il n'existait là aucune autre cause possible d'incendie.

2o. Par le fait que dès que les deux filles de McWillie eussent crié, McWillie et Alcock ont couru à cet endroit, et ont essayé d'étouffer le feu au dehors et au côté de l'abris à fumier, que ne pouvant y réussir, ils ont couru à l'étable où étaient les chevaux et que le feu y pénétrait alors par les interstices des planches du côté de l'abris à fumier.

3o. Par le fait que c'était alors dans une saison de sécheresse, qu'il faisait un grand vent, et qu'autour des bâtiments d'une ferme il y a toujours une certaine quantité de pailles et matières inflammables dans lesquelles le feu se répand nécessairement avec une grande rapidité.

Par la circonstance que c'est immédiatement après le passage du train que le feu s'est déclaré, et enfin par l'affirmation des deux filles McWillie et du garçon de ferme que ce sont les étincelles qui ont mis le feu, qu'ils les ont vu tomber et mettre le feu et qu'il n'y avait d'ailleurs pas d'autre cause possible d'incendie. Ces trois témoignages ne sont pas contredits, ils sont même confirmés par le témoin Browley, fils, qui était à quelque distance de là, et regardait aussi passer le train et dont le témoignage, moins important que ceux deux trois autres, a cependant sa valeur.

Il me parait partant prouvé que le feu a été mis par la locomotive.

1889.

North Shore R. & McWillie.

Reste la question de prescription de six mois.

La compagnie du chemin de fer du Nord a été créée par acte de la législature de la province de Québec, et le chemin a été construit sous l'autorité de cette législature. Il était entièrement situé dans les limites de la province et régi par les lois que la législature de cette province pouvait adopter de temps à autre.

L'une de ces lois est la 43e et 44e Vict., c. 43, sec. 27, § 1, qui établit une prescription d'un an pour toute action pour indemnité, pour dommages soufferts en raison du chemin de fer.

Ce statut était en force lors de la passation par la législature fédérale de l'Acte 46 Vict., c. 24, § 6, qui déclare le chemin de fer du Nord une entreprise pour l'avantage général du Canada. Cette loi a pour effet en vertu de la section 98, § 10, de soumettre le chemin de fer du Nord à l'autorité législative du parlement fédéral ; et par les lois fédérales alors en force 42 Vict., c. 9, § 27, la prescription des actions pour dommages est de six mois.

L'accident a eu lieu le 24 août 1883, l'action a été portée le 9 juin 1884, et la question qui se présente maintenant est celle de savoir, laquelle des deux prescriptions de six mois sous l'acte fédéral ou d'un an sous l'acte local est applicable à l'espèce.

La section 91 de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, statue "qu'il sera loisible à S. M. la reine de l'avis "et du consentement du sénat et de la chambre des com- "munes de faire des lois relativement à toutes les ma- "tières ne tombant pas dans les catégories de sujets par "le présent acte exclusivement assignés aux législature "des provinces ;" et la section 92 déclare que "dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: et 10o. Les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes ; A. B. C.

"C. Les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la "province, seront avant ou après leur exécution déclarés "par le parlement du Canada être pour l'avantage gé-

1889.
North Shore R. & McWillie.

" néral du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un " plus grand nombre de provinces."

Ainsi le chemin de fer du Nord, soumis originairement aux lois que la législature provinciale pouvait adopter, a été depuis le 25 mai 1883, date de la sanction de l'Acte 46 Vict., chap. 24, soumis aux lois que la législature fédérale pouvait adopter.

Du contrôle provincial qui cessait, il a été soumis au contrôle fédéral qui commençait à cette date, et de cette date le parlement fédéral a pu législater.

Il aurait pu depuis cette date être adopté par la législature fédérale, une loi pour changer de douze mois à six le temps de la prescription, mais c'est là tout, et l'on ne peut dire que l'effet de ce simple transfert de l'autorité locale à l'autorité fédérale a été de soustraire le chemin à l'autorité des lois locales existantes, et de le soumettre à l'autorité des lois fédérales déjà existantes à cette époque.

Cette interprétation est celle que les réviseurs des statuts fédéraux ont adoptée lorsqu'ils ont reproduit la section 27 de la 42e Vict., qui établit la prescription de six mois, et qu'ils l'ont placée, dans le chap. 109, parmi les clauses s'appliquant aux seuls chemins construits ou à être construits sous l'autorité du parlement du Canada, sans la reproduire dans la partie de l'acte qui s'applique à tous les chemins sujets à l'autorité législative du parlement du Canada, soit parce qu'ils auraient été construits sous l'autorité de ce parlement, soit parce que, comme pour le chemin de fer du Nord, ils auraient été déclarés être pour l'avantage général du Canada. Il devait résulter de ce système un inconvénient causé par le manque d'uniformité dans la législation concernant les diverses compagnies sous le contrôle du parlement du Canada. L'on y a mis fin par le dernier acte des chemins de fer, 51 Vict., chap. 29, sect. 287, qui établit pour toutes ces compagnies une prescription uniforme de douze mois.

Mais, dit la défenderesse, à l'endroit où l'accident est arrivé ce n'est pas le chemin de la compagnie du chemin de fer du Nord, mais le chemin de la compagnie du Pacifique, et cette compagnie est soumise aux lois fédérales.

1889.

North Shore R. & McWillie.

Or la section du statut fédéral qui établit la prescription l'établit non pour les dommages causés par la compagnie, mais pour les dommages éprouvés à raison du chemin. Les dommages réclamés ont été causés en raison du chemin de fer du Pacifique et non en raison du chemin de fer du Nord, et c'est partant la loi fédérale et la prescription de six mois qui s'applique.

Je ne puis me rendre à cette manière de voir. C'est la compagnie du chemin de fer du Nord qui a causé le dommage. Il est bien vrai qu'elle l'a causé dans l'exercice de son droit de passage sur une partie du chemin de fer du Pacifique, mais pendant qu'elle exerçait ce droit de passage, elle ne cessait pas d'être la compagnie du chemin de fer du Nord. Bien plus, cette prétention de la défenderesse, si elle était fondée, aurait pour effet de faire déclarer que l'action aurait dû être portée, non contre la compagnie défenderesse qui a causé le dommage, mais contre la compagnie du Pacifique, et ceci est insoutenable.

Je suis d'opinion de confirmer le jugement de la Cour Supérieure.

CHURCH, J. :—

The theory of the defence is that the fire occurred from the negligence of McWillie's servants who had been smoking in an outbuilding. This theory is not sustained by the evidence. The proof adduced by the respondents is as clear and positive as under the circumstances it was possible to make it. The witnesses all agree with singular unanimity as to the facts. They were all standing between the track and the buildings destroyed. They all remarked the great volume of smoke and sparks proceeding from the engine. The shower of sparks was so great that they were obliged to turn away their faces. They saw sparks fall on the buildings. They saw the fire burst out on one of the buildings ; it spread to the stable. They got two horses out ; the other two perished. Against all this testimony, the defence tries to prove that one of the farm laborers occasionally smoked, that he smoked in the outbuildings, and that this was the cause of the fire. But this is

1889.
North Shore R. & McWillie.

positively contradicted, and the defence amounts to nothing more than a suggestion that the fire might have occurred in this way.

The defendants also seek to avoid responsibility, on the ground that their locomotive was protected as far as possible; that the screen was in good order. They bring into Court two or three experts, who say they never knew a locomotive so protected to cause damage. But the testimony of these men is overborne by the direct and positive evidence of the persons who witnessed the whole occurrence, and who prove that the fire was caused by the sparks from the train. We think, therefore, the Company was properly held responsible.

The next question is whether this action is prescribed by the Railway Act of Canada, which, as the law then stood, required that the action for indemnity should be commenced within six months. The accident occurred on part of the Canadian Pacific line—a railway under Dominion control; but the train was run by the North Shore Company, a provincial line, which had running rights over that part of the Canadian Pacific road, and it was in the exercise of these rights that the accident occurred. It is evident that it is the Company which causes the damage which must be considered. But the provincial road was withdrawn by a statute from the operation of provincial law, and placed under the control of the Dominion. The question is whether the effect of that statute was to withdraw the North Shore road from the provincial limitation of twelve months and place it under the Dominion prescription of six months. We have come to the conclusion that the limitation of the provincial law still applied to the North Shore Company, and that only by a specific enactment could it be placed under the operation of the prescription of the Dominion Railway Act. We are therefore of opinion, on both grounds, that the judgment should be confirmed.

Judgment confirmed.

Lacoste, Bisaillon, Brosseau & Lajoie, attorneys for appellant.

Lunn & Cramp, attorneys for respondents.

(J. K.)

September 23, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, BABY, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

JAMES G. DAVIE,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

LEWIS SYLVESTRE ET AL.,
(*Plaintiffs in Court below*),
RESPONDENTS.

Partnership—Participation in profits—Arts. 1830, 1831, *C. C.*

The appellant lent $3,000 to P., to start him in business, which was carried on under the name of P. & Co. By the agreement, appellant was to have six per cent. interest on the amount of the loan, and P. was to draw $800 per annum for living expenses. At the expiration of seven years, or on the death of P. before that time, the appellant was to get back the amount of his loan, and the net profits of the business were to be equally divided between appellant and P.

HELD:—That a partnership was created, and appellant became liable for the debts of the business.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (GILL, J.), June 2, 1888, in the following terms:—

"La Cour etc.....

"Considérant que la preuve testimoniale produite par les demandeurs n'est pas à l'effet de prouver par témoins l'existence d'une société, mais plutôt pour établir que le défendeur a fait acte d'associé et s'est immiscé dans l'administration des affaires de la société de manière à faire croire généralement qu'il était de la société, rejette la motion faite par le défendeur pour faire mettre cette preuve de côté, et renvoie les objections faites par lui à l'enquête et qui ont été réservées;

"Considérant que les faits allégués dans le plaidoyer supplémentaire du défendeur, ne peuvent avoir l'effet sur le présent litige et ne peuvent changer légalement la position des parties, rejette le dit plaidoyer avec dépens;

"Considérant qu'aux termes de l'acte produit comme pièce No. 3 des demandeurs, passé devant Mtre Cléophas

1889.

Davie & Sylvestre.

E. Leclerc, notaire, le 6 avril 1882, entre le défendeur et le nommé William Henry Parsons, les dites parties au dit acte ont formé virtuellement une société commerciale sous le nom de Wm. H. Parsons & Co., le dit acte contenant tout ce qui, d'après les articles 1830 et 1831 du Code Civil, constitue un contrat de société ;

"Considérant que le fait que la déclaration enregistrée de la dite société omet le nom du défendeur ne peut changer le caractère du dit acte et libérer le dit défendeur (art. 1834 *et seq.*) ;

"Considérant qu'il est prouvé que le défendeur a de fait pris part journellement aux opérations commerciales de la dite société, l'engageant même dans un commerce et des aventures dans lesquels son co-associé n'avait aucune expérience et au sujet desquels l'avis du défendeur seul prévalait ;

"Considérant que comme membre de la dite société W. H. Parsons & Co., le défendeur est tenu au paiement des dettes de la dite société, et qu'au moment où la dite société a cessé de faire des affaires, elle était endettée envers les demandeurs au montant de $965.15 pour le prix de marchandises vendues et livrées, telles que portées au compte détaillé produit ;

"Condamne le défendeur à payer aux demandeurs la susdite somme de $965.15, avec intérêt depuis le 12 octobre 1887, date de l'assignation, et les dépens distraits aux procureurs des demandeurs, la taxe du témoin John Bain devant être restreinte, quant à ce que le défendeur en devra payer, à ce qu'elle aurait été si ce témoin eût été entendu à New-York, sur la commission rogatoire qui y fut exécutée, et rien ne devant être chargé au défendeur soit pour la taxe, assignation ou déposition du témoin R. G. Elliott."

Sept. 20, 1889.]

Hon. R. Laflamme, Q. C., and *Hon. A. Lacoste, Q. C.*, for the appellant :—

The respondents were creditors of one W. H. Parsons, who formerly did business at Montreal as a sort of goods and customs' broker, under the style of "W. H. Parsons

& Co." for a sum of $965.15. Parsons having become insolvent and having absconded, the respondents took this action against the appellant, alleging that the latter was a co-partner with Parsons, and therefore responsible for the debt.

In support of their pretension of the existence of the alleged partnership, the respondents invoked a deed passed before Leclerc, N. P., on the 6th April, 1882, and alleged that, after this deed had been passed, the appellant "took an active and energetic part in the said busi- "ness, and covenanted and held out to the commercial "world, and to the public generally, that he was a part- "ner and had an interest in the business."

The appellant pleaded firstly a general denial, and in his second plea specially denied any participation in the business or its profits, or the existence in his behalf of any interest in the business other than he might legitimately have as a creditor of Parsons.

The deed of the 6th April, 1882, apart from the special clauses hereinafter quoted, was in the ordinary form of a notarial obligation for repayment of a loan. It began by recording the appearance before the notary of William Henry Parsons, and his acknowledgment of indebtedness to appellant in the sum of $3,000, and proceeds to recite that Parsons "hereby promises and obliges himself "to well and truly pay the same, or cause it to be paid "to the said Mr. Davie, or to his legal representatives, in "seven years from the 1st April instant.

"And whereas the said William Henry Parsons has "borrowed the said sum of $3,000 from the said James "Greenshields Davie in order to carry on business in the "said city of Montreal as banker, broker, general com- "mission merchant, shipper, etc., and under the under- "standing that the said Mr. Davie should have an in- "terest in the business aforesaid.

"Whereas it is the intention of Mr. Parsons to show "his gratitude towards Mr. Davie, for thus giving him "the opportunity of starting business, and to reward "him for the good services which he shall receive from

1889.

Davie & Sylvestre.

"him in his business through his influence, energy and "otherwise.

"It is well understood and agreed between the said "Davie and Parsons as follows, to wit;

"During the said term of seven years the said Mr. Par- "sons will carry on business in the said city of Montreal "as banker, broker, general commission merchant, ship- "per, etc., under the name and style of W. H. Parsons & "Co., and the sum of $3,000 will be by him employed in "said business and for no other purposes whatsoever; "he will not change the said business without Mr. Davie's "consent in writing, and he shall constantly keep books "of account, and Mr. Davie will at any time have a free "access to the same.

"Out of the proceeds of the said business, Mr. Parsons "will take for his personal expenses no more than $800 "per annum, unless the business should be very success- "ful, in which case he shall be entitled to an increase of "$100 per annum, the intention of the parties being that "Mr. Parsons shall not take more than $800 for the first "year, and $1,400 for the last year in any case.

"And at the expiration of the said seven years Mr. "Davie or his legal representatives, in addition to the "sum of $3,000 by him advanced as aforesaid, and to the "interest then unpaid thereon, will be entitled to exact "immediately from the said Mr. Parsons a bonus of fifty "per cent. on the net profit made in said business during "said period of seven years."

A subsequent clause of the deed provided that in case of the death of Parsons within the seven years, Mr. Davie might forthwith collect his $3,000 and his bonus.

The appellant had interested himself in the fortunes of Parsons since the boyhood of the latter, had personally procured for him a situation in a broker's office, and as a culminating act of regard to the memory of Parsons' father, decided to give the young man the means of commencing business for himself. The appellant was always in business for himself carrying on a dry goods trade in the eastern part of this city, but for some few years past

also occupied the position of a director of La Banque Ville-Marie. His interest in Parsons was that of a friend and lending creditor or investor (*bailleur de fonds*). His connection prejudiced nobody who had dealings with Parsons, as all business men knew that he had his own business to attend to, and he never completed a single transaction for Parsons, and especially inasmuch as according to the very deed itself he was powerless to draw out a single cent of bonus or profit or capital before the cessation of business, and after the payment of all liabilities.

The main feature of the deed is an obligation to repay a loan, and all the special stipulations which the Superior Court considered sufficient to constitute the essential features of a partnership are quite harmonized with that main feature of a loan, as giving the creditor incidental securities for his money.

Geoffrion, Q. C., and *Cooke*, for the respondents, were not called upon.

BOSSÉ, J. (for the Court) :—

Sylvester *et al.*, les demandeurs, étaient créanciers de W. H. Parsons, faisant apparemment commerce sous la raison sociale de W. H. Parsons & Cie., pour la somme de $965.15, pour marchandises vendues.

Parsons & Cie. ayant fait cession de leurs biens, et Sylvester & Cie. n'étant pas payés ils ont porté l'action dont il s'agit contre Davie, présent appelant.

Ils prétendent que Parsons et Davie étaient en société et que, comme même membre de cette société, Davie est tenu au paiement des dettes qu'elle pouvait avoir contractées dans le cours ordinaire de ses affaires, et entre autres au paiement des $965.15, prix des marchandises achetées de Sylvester.

La défense a été, outre une dénégation générale, une dénégation spéciale de toute participation de la part du défendeur dans les affaires de Parsons, de même que dans les profits qu'il pouvait faire, dans lesquels le défendeur prétend qu'il n'avait pas d'autre intérêt que celui de créancier pour une somme de $3,000, montant d'un prêt qu'il allègue avoir fait à Parsons.

Sup.
Parsons
&
Sylvestre.

La position des parties résulte des termes d'un acte fait entre eux au sujet de ces $3,000 : l'un disant que cet acte ne constitue qu'un simple prêt de $3,000, l'autre qu'il constitue entre Parsons et Davie une véritable société.

La Cour Supérieure a cru y voir les éléments d'une société, et a condamné Davie à payer la dette, et c'est ce jugement qui nous est maintenant soumis.

Notre article 1831 dit : "La participation dans les pro-"fits d'une société entraine avec elle l'obligation de par-"tager dans les pertes."

Mais, dit-on, cet article présuppose une société déjà existante, et ne fait que déclarer que la stipulation dans l'acte de société de partager dans les profits entraîne l'obligation de contribuer aux pertes.

Cette interprétation ne me parait pas admissible, car elle suppose l'existence de sociétés dans lesquelles les associés ne devraient partager que dans les pertes.

Nous devons prendre l'article tel qu'il est, et dire : d'abord que la stipulation de partager dans les profits entraîne la responsabilité du partage des dettes, et ensuite en vertu de la disposition suivante du Code que toutes stipulations au contraire, quant aux dettes, sont nulles vis-à-vis des tiers.

Plusieurs auteurs anglais et de droit français moderne ont été cités à l'encontre de cette interprétation, et si ces autorités pouvaient être admises sous notre Code j'hésiterais avant de déclarer que dans l'espèce il y a société.

Mais nous avons sur la matière un texte formel tiré de l'ancien droit, différent du droit anglais, et surtout du droit moderne français que nos codificateurs n'ont pas voulu suivre ; nous trouvons de ce fait l'affirmation en toutes lettres dans leur rapport sur les travaux préparatoires de cet article.

C'est notre règle telle que le Code nous la donne qu'il nous faut suivre, et il n'y a pas lieu de s'occuper des changements successifs qui, dans le droit français comme dans le droit anglais, ont fait modifier l'ancienne règle reproduite et consacrée par notre texte.

Cette question a, d'ailleurs, été carrément soulevée et

décidée dans ce sens à deux ou trois reprises par nos cours et pour la dernière fois dans la cause de *Singleton & Cook.*

Cette cause, pour la Cour Supérieure, est rapportée au 13 Q. L. R., p. 70, pour la Cour d'Appel au 14 Q. L. R., p. 30, et pour la décision du Conseil Privé au même volume, p. 257, et au 11 Leg. News, p. 401.

Toutes les cours y ont fait l'application de notre article, et cela dans des circonstances bien moins favorables que celles de la présente cause. Ainsi dans *Singleton & Cook* il n'y avait que les stipulations d'un prêt, de l'intérêt sur ce prêt, et de partage dans les profits.

Dans la présente nous avons également prêt, intérêt sur le prêt et partage des profits, mais nous avons de plus:

1o. La déclaration que Davie devait avoir "one-half interest in the business";

2o. La déclaration que Davie devait être rémunéré pour les bons services qu'il devait rendre aux affaires par son énergie, son influence et *autrement*, dit l'acte;

3o. Que les $3,000 seraient employées dans le genre d'affaires déterminé par l'acte et non autrement, et que Parsons ne changerait pas ce genre d'affaires sans le consentement par écrit de Davie;

4o. Que Parsons tiendrait des livres auxquels Davie aurait droit d'avoir constamment accès;

5o. Enfin que Parsons ne retirerait du fonds de commerce pour ses dépenses personnelles qu'une somme annuelle fixée par l'acte.

En présence de toutes ces stipulations ajoutées à celle du partage dans les profits à faire, il me parait impossible d'exclure l'idée de la société, et de nous refuser à suivre la jurisprudence maintenant établie.

Mais, dit-on, Davie était l'ami de la famille de Parsons, il a voulu lui faire du bien, lui aider, il a agi envers lui comme un père l'aurait fait et il lui a fait un prêt.

Singulière preuve de tendresse paternelle que celle de celui qui, après s'être entouré de toutes les précautions que nous avons vues, stipulerait en sus paiement des

1889. Davie & Sylvestre.

intérêts et finalement le partage par moitié des profits que le travail et l'industrie du fils auraient pu assurer.

Il y a peut-être eu dans cette transaction le désir de la part de Davie d'aider Parsons, mais il y a aussi à coup sûr la volonté de recevoir 6 p. c. pour son argent, et l'espoir en sus d'un profit résultant des hasards du commerce. Dans ce cas notre Code veut que celui qui veut courir les chances du commerce pour faire un bénéfice en courre aussi les chances de pertes.

Celui qui veut bien risquer son capital et encourir les risques de le perdre sans s'exposer à autre chose, a pour lui la commandite. Davie aurait pu y avoir recours. Il est regrettable qu'il ne l'ait pas fait.

Toute autre est la position du commis ou employé dont on stimule le zèle et le travail en lui accordant, outre son salaire fixe, une petite proportion des profits. Ce contrat ne cesse pas pour cela d'être un louage d'ouvrage. La part de profits n'y est qu'un accessoire tellement minime qu'il ne peut ni changer la nature du contrat, ni entraîner comme conséquence l'idée de la société.

Les demandeurs ont aussi prétendu qu'ils devaient réussir pour une autre raison, à savoir, que Davie s'était immiscé dans les affaires et avait agi comme associé.

L'interprétation que je crois devoir donner à l'acte entre les parties entraîne la décision de la cause, et il n'est pas nécessaire de discuter ni d'apprécier les faits sur lesquels cette seconde prétention est fondée.

Judgment confirmed.

Laflamme, Laflamme, Madore & Cross, attorneys for appellant.

Cooke & Brooke, attorneys for respondent.

(J. K.)

January 23, 1889.

Coram DORION, CH. J., CROSS, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

HENRY L. PROWSE,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

ROBERT NICHOLSON,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Transfer of Debt—Signification—Appeal involving costs only.

HELD:—1. (Reversing the judgment of the Court below), That service of action is not equivalent to signification of the transfer on which the action is based, and which is alleged in the declaration; and that a transferee has no right of action against the debtor before signification of a transfer not accepted by him.

2. That where the Court below enunciates an erroneous principle in the adjudication of costs, the Court of Appeal will reverse the decision, though the appeal involves costs only.

APPEAL from a final judgment of the Superior Court, Montreal, (JETTÉ, J.), May 31, 1887. The judgment on the demurrer in the same case is reported in M. L. R., 2 S. C. 189. The final judgment is in the following terms:—

"La Cour, etc.....

"Attendu que le demandeur, cessionnaire d'une obligation consentie par le défendeur à Clendinneng, le 17 mars, 1885, pour la somme de $1,000, transportée par ce dernier à Ledger, le 8 avril, 1885, puis par Ledger à Clouston, le 23 mai, 1885, avec signification le même jour, et enfin par Clouston au demandeur le 29 avril, 1886, se pourvoit maintenant en recouvrement de cette somme capitale et des intérêts accrus depuis, alléguant spécialement que l'intérêt était payable semi-annuellement, et qu'à défaut

1889.

Prowse & Nicholson.

de tel paiement d'intérêt la somme capitale est devenue due en vertu d'une stipulation de l'obligation susdite;

"Attendu que le défendeur conteste cette demande;

Par une première exception, que le transport que le demandeur invoque ne lui a jamais été signifié, et que, par suite, le demandeur n'a pas droit d'action contre lui;

"Par une seconde défense:

Que le demandeur n'a pas de droit d'action contre lui, et que le défendeur ne lui est aucunement endetté;

"Attendu qu'il appert au dossier que le défendeur a depuis l'institution de l'action payé au demandeur la dette et les intérêts réclamés, et que la contestation se trouve réduite aux frais;

"Considérant que la signification de l'action équivaut à la signification du transport, et que par suite le demandeur était fondé à se pourvoir comme il l'a fait;

"Considérant que l'exigibilité anticipée de la somme capitale stipulée en l'obligation du défendeur, nonobstant le terme de deux ans y mentionné, est établie par le fait du non-paiement des intérêts aux termes fixes, et que la dénégation générale de toute dette, contenue en la seconde défense, ne peut équivaloir à l'allégation spéciale que le défendeur aurait dû faire du paiement de ces intérêts aux termes fixes pour échapper à l'échéance anticipée du capital;

"Considérant que le défaut de mise en demeure de payer, invoqué à l'audition par le défendeur, n'est pas plaidé et ne peut en conséquence servir au défendeur;

"Considérant en conséquence que la défense est mal fondée, la renvoie et condamne le défendeur aux dépens de l'action telle qu'intentée, distraits, etc."

Nov. 16, 17, 1888.]

T. P. Butler, Q.C., for the appellant:—

The issue, though at first sight a question of costs, involves a principle of law that has been laid down by this Court in several cases, and decided in a sense directly opposed to the judgment appealed from.

Art. 1571 of the Civil Code declares that the sale of a

debt has no effect, except as between the purchaser and the vendor, until the deed of transfer has been served upon the debtor, or the transfer itself accepted by the debtor.

It cannot be argued that the words "third persons" in Art. 1571, do not refer to the debtor, as the wording of Art. 1570 plainly shows that such is not the case, the same word being there used when no one but the debtor can be meant.

Charlebois & Forsyth, 14 L. C. J. 135, in appeal. In this case the Court of Appeal overruled previous decisions cited by the respondent to the contrary, and specially the following: *Martin* v. *Coté*, *Quinn* v. *Atchison*, *Paré* v. *Derousselle*, *Lamothe* v. *Fontaine*, and *Lamothe* v. *Talon dit Lesperance*; and decided directly upon Art. 1571 of the Civil Code, in favor of the present appellant's pretensions.

J. L. Morris, *Q.C.*, and *Holt*, for the respondent:—

The respondent respectfully submits:

First: That the question of costs was properly in the discretion of the Court below, and that the decision of Mr. Justice Jetté should not be disturbed.

Second. That defendant's pretension that the action was not properly taken, is unfounded in law.

The respondent would refer to the following judgments of the Court of Review:—

O'Halloran v. *Sweet*, 16 L. C. J., p. 318.

McDonald et al. v. *Molleur*, 13 L. C. J., p. 188.

The jurisprudence in the Court of Review is uniform, and entirely in favor of respondent's pretension.

In the present case, the capital and interest were paid during the pendency of the suit, but after the judgment overruling the demurrer, while the costs were specially reserved to be adjudicated upon by the Judge before whom the merits were to be heard.

Upon the second point, the respondent submits that the service of the writ and declaration upon the defendant personally was a sufficient service of the transfer. The transfer in question was duly filed in Court upon the

1889.

Prowse & Nicholson.

return of the writ, where the defendant might inspect it. Its non-service previous to the beginning of the action, relieved the plaintiff from expense, without subjecting the defendant to any possible injury. This was the jurisprudence before the Code, and respondent submits that Art. 1571 C. C., relied on by appellant, does not introduce any new law upon this point. The words "third persons" in this article clearly do not include the debtor, who can have no interest in exacting such a useless proceeding, unless he is within the provisions of Art. 1572, and has paid to his former creditor, in ignorance of the transfer.

DORION, CH. J.:—

The principal question in this case is as to the signification of the transfer on which the respondent sues. Formerly the service of the action was considered equivalent to signification of the transfer. But by a judgment at Quebec, about ten years before the Code, it was decided that service of the action was not a proper signification of the transfer, and that signification of the transfer was a condition precedent to the bringing of an action. Articles 1570 and 1571 of the Civil Code, in our opinion, make it still more necessary to signify the transfer before instituting an action. This Court has already decided in the same sense in the case of *Charlebois & Forsyth* (14 L. C. J. 135), where the judgment of the Court below was reversed on this ground alone: "Considérant que dans "l'espèce, les demandeurs intimés ne font apparaître ni de "signification et délivrance de copie, ni d'acceptation du "transport sur lequel est basée leur action, et que partant "ils ne montrent pas un droit de poursuivre le défendeur "appelant; considérant que pour cette raison seule, le "jugement dont est appel contient erreur, etc." This was in 1869. Since that time, it is said, the Superior Court has reverted to the old jurisprudence, and a number of decisions are cited to show that it has been held that service of the action is equivalent to service of the transfer. We have to lay down a rule which shall be uniformly

followed, and we are not disposed to differ from the rule established in *Charlebois & Forsyth*. The judgment of the Court below must, therefore, be reversed.

Usually, we do not reverse a judgment on a question of costs. But this is a question of principle more than a question of costs, because we hold that the plaintiff had no right to sue. We make the distinction, that when it is a question of settling a principle, on which the Court below decided wrongly, we reverse. If it were merely the exercise of a discretion in the awarding of costs, we would not disturb the judgment.

The judgment of the Court is as follows :—

"The Court, etc.....

"Considering that the respondent, plaintiff below, has brought the present action for the recovery of the sum of $1,000, being the amount of an obligation dated 17th March, 1885, and made by the defendant, now appellant, in favor of William Clendinneng, and transferred by the said William Clendinneng to Wm. Bryan Ledger, and by the said William Bryan Ledger to Edward S. Clouston, and by the said Edward S. Clouston to the present respondent, plaintiff in the Court below;

"And considering that the said transfer, from the said Edward S. Clouston to the said respondent, has never been served upon the said appellant, nor accepted by him;

"And considering that the said respondent has no right of action against the appellant, for want of service of said transfer, and that there is error in the judgment rendered by the Superior Court, at Montreal, on the 31st of May, 1887, doth reverse the same, and proceeding to render the judgment which the said Court below ought to have rendered;

"Doth dismiss the action of the said respondent with costs, as well in the Court below as in this Court."

Judgment reversed.

Butler & Lighthall, attorneys for appellant.

Morris & Holt, attorneys for respondent.

(J. K.)

May 28, 1889.

Corum TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

HARRIET E. KERR,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

DAME LURENA DAVIS ES QUAL.,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT;

AND

MARIE LOUISE KERR ET AL., T.S.

[AND A CROSS-APPEAL.]

Tutor and minor—Loan to minor—Arts. 297, 298, *C.C.—Obligation void for violence and fear—Arts.* 994-996, *C.C.*

HELD:—1. (Affirming the decision of the Court below), That a person lending money to a minor is bound at his peril to see that the authorization to borrow is regular on the face of it; and where no proper summary account was submitted by the tutor, as required by Art. 297, C.C., and the sub-tutor was moreover the agent and son of the lender, and was bound to know that in fact the loan was not required by the minor, but was being improperly obtained by the tutor for his own purposes, the obligation so given was held null and void.

2. (Reversing the judgment of the Court below), That threats to a woman in a weak state of health, and feeble bodily and mentally, that she would be turned out of her property, unless she signed an obligation and hypothec, constituted violence and fear within the meaning of Arts. 994, 995 C.C., and were a cause of nullity in the obligation executed in such circumstances, and without consideration.

APPEAL, by each party, from a judgment of the Superior Court, district of Terrebonne (BÉLANGER, J.), Oct. 30, 1886, maintaining in part an action by Dame L. Davis v. Harriet E. Kerr. The judgment of the Court below was in the following terms:—

"La Cour etc.....

"Considérant que l'obligation du 8 janvier, 1880, men-

tionnée en premier lieu dans la déclaration en cette cause, a été consentie par le nommé Thomas Craig Fields, en sa qualité de tuteur de la défenderesse, pour de prétendus deniers prêtés, avancés et payés au dit Thomas Craig Fields, ès-dite qualité, et pour et de la part de la dite mineure et pour les fins indiquées dans l'autorisation sur avis de parents, homologué le 2 janvier, 1880, et mentionné dans la dite obligation;

"Considérant que la dite autorisation sur laquelle est basée la dite obligation, est illégale et a été illégalement accordée, par le protonotaire de ce district, attendu qu'elle a éte ainsi accordée, sur un prétendu compte sommaire, qui n'en est pas un; ce prétendu compte sommaire, ne représentant que les prétendues avances faites par le dit tuteur pour sa mineure, sans représenter, en aucune manière, l'état général des affaires du dit tuteur avec sa dite mineure par chapitre de recettes et de dépenses, et attendu qu'il est apparent par la déclaration du dit tuteur, et le dit prétendu état annexé à la dite autorisation, que la dite autorisation a été demandée et a été obtenue pour permettre au dit tuteur de se rembourser d'avances par lui obtenues personnellement, et par lui prétendues dépensées dès auparavant pour sa dite mineure, ce qui ne pouvait être fait légalement, qu'en justifiant par un état sommaire de sa gestion jusqu'alors, des biens et affaires de la dite mineure, par chapitre de recettes et dépenses;

"Considérant que la dite obligation a été ainsi consentie par le dit tuteur, sous le faux couvert de la dite prétendue autorisation, pour s'acquitter et se rembourser de dettes par lui contractées personnellement et d'avances à lui faites aussi personnellement pour en charger sa mineure, le tout à la connaissance de la demanderesse qui n'a pu et n'a pas dû ignorer les faits constatés au dit prétendu état sommaire et sous le dit acte d'autorisation;

"Considérant qu'à raison de ce que dessus la dite obligation a été ainsi consentie sans cause ou considération légale et valable;

"Considérant que la ratification de la dite obligation

1889.
Kerr & Davis.

par la dite défenderesse dans et par la seconde obligation mentionnée dans la déclaration de la demanderesse en cette cause, savoir l'obligation du 23 février, 1885, est aussi nulle et sans effet légal, attendu que la dite ratification a été obtenue de la dite défenderesse illégalement et sans cause ou considération légale, c'est-à-dire pour la même considération illégale qui avait donné lieu à la dite première obligation et sans qu'aucun compte lui eût été jamais rendu par son dit tuteur;

"Considérant que dans et par la dite seconde obligation, savoir: l'obligation du 23 février, 1886, la dite défenderesse s'est chargée et obligée envers la demanderesse de payer la somme y mentionnée, savoir: la somme de $2,385.62 pour autant à être payé lors de la passation de la dite obligation;

"Considérant que quoiqu'il soit établi en preuve qu'elle n'a jamais personnellement reçu cette somme de la demanderesse, mais que cette somme a été reçue par le dit Thomas Craig Fields, en différents temps depuis la majorité de la défenderesse, tant en argents qu'en effets, la dite défenderesse n'en est pas moins liée par la dite obligation envers la demanderesse, attendu qu'il lui était loisible de se charger de cette dette envers la dite demanderesse, et qu'il n'y pas de preuve qu'elle ait consenti la dite obligation par erreur ou par contrainte, sa volonté seule de se charger de cette dette à la demanderesse étant une considération suffisante et légale;

"Considérant qu'en vendant à sa sœur Mary Louise Kerr les seules propriétés, tant mobilières qu'immobilières qu'elle possédait dans le temps, ainsi qu'il est constaté dans et par l'acte de vente par elle à la dite Mary Louise Kerr, en date du 15 septembre, 1885, devant Maitre Philipps, notaire, la dite défenderesse a diminué les sûretés de la demanderesse et s'est mise dans un état d'insolvabilité complète, et partant que la demanderesse est devenue en droit dès lors d'exiger le payement du montant de la dite obligation quoique non encore échue;

"Considérant que les défenses de la défenderesse sont

bien fondées quant à la dite première obligation et mal fondées quant à la dite seconde obligation, les maintient quant à la dite première obligation et les renvoie quant à la dernière ; déclare la dite autorisation de la dite obligation du 8 janvier, 1880, et la ratification d'icelle comprise dans l'obligation du 23 février, 1885, nulles et illégales, et condamne la dite défenderesse à payer à la demanderesse la dite somme de $2,385.62 cours actuel, avec intérêt à raison de sept pour cent par année, à compter du 14 janvier, 1885, et les dépens distraits, etc, et renvoie la dite action quant au surplus. Et la Cour réserve à prononcer sur la saisie-arrêt en main tierces en cette cause quand et comme il appartiendra. Et la Cour déclare la saisie-arrêt simple des bien-meubles de la défenderesse entre ses mains bonne et valable et la maintient avec dépens."

Both parties appealed from the above judgment. The cases were heard together, and were disposed of by the judgment which follows.

March 21, 1889.]

Hutchinson and *Pilon*, for Miss Kerr.

Prévost, Q.C., for Mrs. Simpson *es qual.*

CROSS, J. :—

In 1876, Thomas Craig Fields went to reside at St. Andrews, in the county of Argenteuil. His household consisted of himself, his wife and two girls, minors, orphans, who had been practically adopted by Mr. and Mrs. Fields. The family came originally from New York to Montreal, and from thence went to St. Andrews to reside. They seemed to have command of considerable means, which were lavishly expended by Mr. Fields. These girls were named respectively Harriett Elizabeth Kerr and Mary Louise Kerr. On the 3rd May, 1878, Mr. Fields was appointed their tutor and Mr. George Simpson, of St. Andrews, their sub-tutor. These legal guardians of the minors seem to have taken no steps by inventory or otherwise to establish the financial position of the girls. Miss Harriett E. Kerr owned the farm where

1889.

Kerr & Davis.

the family resided. It was valuable. She owned besides some other valuable property in the State of New York, out of which, according to Mrs. Fields' evidence, she at one time raised a loan of $9,500, and transmitted $5,000 to Mr. Fields. Besides the produce of the farm she continued to enjoy an income of $500 per annum. Mrs. Fields seems to have been possessed of extensive means, out of which she remitted largely to her husband at St. Andrews. Mr. Fields seemed to have entirely controlled the establishment. Out of his extravagant expenditure he laid out money to improve the farm, but what he disbursed on it seemed to have added little or nothing to its value as a saleable asset. The girls are proved to have been frugal and economical in their habits, doing the work of common house servants, including that of a very considerable dairy. They seemed to be wholly under the control of Mrs. Fields. Mr. Fields died on the 25th of January, 1885, and within two or three days after the funeral, say within a week after his decease, as Mrs. Fields testifies, George Simpson, sub-tutor, and who had acted as one of the family council at the appointment of himself and Mr. Fields, came to the house where the family resided and informed Mrs. Fields that there was a large amount of money due his mother, and that a mortgage had been granted on the farm of thirty-six hundred odd dollars. That Mr. Fields had borrowed other money for which Miss Kerr would have to give a mortgage. She and Miss Kerr were very much astonished and shocked by this intimation. Mrs. Fields, examined as a witness in the case, speaking of Mr. George Simpson's conduct, states as follows: "Well, he told me in rather an abrupt sort of "manner, there was a large amount of money owing to "his mother. I was very much shocked, but still I did "not realize it until after he left the house. I could not "believe it. I could not understand it; and then he "came day after day and stated that there was a mort-"gage of $3,600 against the farm, and then that Mr. Fields "had borrowed other money, which Miss Kerr must give "a mortgage for to secure her. I expostulated with him

" and said I did not wish to give a mortgage. I did not " understand it. I had not seen all the papers at the time. " I had no knowledge that there was any money owing to " the estate at all, except what Mr. Simpson told me, and " finally, he became so obnoxious he said there was only " one thing to do, for her to sign a mortgage, or for us to " leave the place. I was very weak in my mind and very " much depressed, in fact I was scarcely able to consider " any business matter at all, and I informed Miss Kerr " that she must sign this mortgage, or that we would " have to go right out; and even though she was in a " miserable state of mind, unable to sleep and to think, or " unable to consider anything reasonably, she still said " she would sign nothing. I tried to expostulate with " her that it was necessary, and at last myself and her " sister actually forced her to consent to do it. Mr. Simp- " son came up with Mr. Howard one day, and she got out " of a sick bed and came down stairs, and sat there while " the paper was being read. I was in such a state of mind " I could not understand it. I tried to fix my mind upon " it, but found it impossible. I knew there was nothing " else for us to do, and the paper was put upon the table, " and I pointed to the place for her to sign, and she did " so, and she immediately or shortly after that left the " room and went upstairs."

Mr. Fields died on the 25th of January, 1885, and the mortgage was signed on the 23rd of February.

" Question. So then Miss Kerr did not voluntarily give " her consent?

" Answer. No sir, she did not.

" Question. State what passed between you and Mr. " Simpson, as to the necessity of Miss Kerr signing this " deed of mortgage that was finally passed on the 23rd " of February, 1885, as near as you can remember.

" Answer. He told me that he had it in the first " mortgage, but that in order to make it legal he wished " her to sign the second mortgage, in fact she must do it. " Mr. Fields had borrowed this money of him, and that " was the only way to make the first mortgage legal. I

1889.
Kerr & Davis.

" did not wish to do it, and I expostulated with him, and " told him it was very hard after all the money I had sent " from New York, and even, in 1881, had gone to New " York by Miss Kerr's direction, and had raised a mortgage " of $9,500 on her property there, and sent $5,000 of it to " Mr. Fields, to put out at interest at seven per cent. here, " for her, Miss Kerr's, benefit. They were endeavouring " to sell the property in New York, and we were advised " it would be better to have a mortgage upon it. We " wanted a little money.

" Question. You told Mr. Simpson these facts? Answer. " Yes.

" Question. State as near as you can remember, what " he said, what language he used, when he urged you to " give him this deed of mortgage? Answer. He said " at last that it must be done, and that if it were not done " we would have to leave the place, that the place vir- " tually belonged to them on account of the money that " had been lent upon it. I became very much alarmed, " because I did not understand Canadian law at all, and " I had no one to advise with me, and I was afraid to " make a move."

Mrs. Simpson, in her quality of executrix of her deceased husband's will, the quality in which she figured in the deeds, brought her action to recover from Miss Harriett Elizabeth Kerr the amount of the two obligations, and Miss Kerr pleads that she was not indebted; that the obligation of the 8th January, 1880, was illegal, null and void; that Fields had never been legally authorized to borrow money from Mrs. Simpson for her; that if Fields received any money from Mrs. Simpson it was for himself; that she had abundant means to live on, and no necessity existed for borrowing money on her behalf; there was no cause or consideration given for said mortgages; that her signature to the last mentioned obligation was obtained from her by threats and violence practised upon her by George Simpson, subrogate tutor and agent of Mrs. Simpson, as well as trustee and heir of his late father, Robert Simpson, and by Mrs. Fields on the advice of whom she

was accustomed to rely, when said Harriet Elizabeth Kerr was in a feeble condition of health, bodily and mentally.

Proof was taken in the cause, and the judgment thereupon rendered held that the obligation of the 8th January, 1880, was null and void, having been executed without the observance of the formalities required by law, which constitute the guarantee of minors under such circumstances; that no proper summary account had been furnished as required by Art. 297 of the Civil Code. The judgment, however, maintained the obligation of the 23rd February, 1885, but annulled that of the 8th January, 1880. Both parties appeal from this judgment.

On reference to what is termed the summary account on which the authority for the first obligation is based, it would appear that it in no respect answers to the summary account required by the Code. In place of being a summary account showing the state of the minor's affairs, the necessity that had arisen to borrow money in her interest and the use to which it was to be applied, it has the appearance of an account between Mr. Fields and Mrs. Simpson. It is true Mr. Fields is called tutor, but that is all that would appear to connect it with the affairs of a minor. It charges sums, considerable in the aggregate, stated to have been paid to Mr. Fields. One sum of $140, cash per cheque on the obligation of the 8th January, 1880, was granted, and $100 on the previous day, the remainder being represented in notes, besides which the mortgage included compound interest anticipated for three years. This was the account on which the prothonotary passed an order authorizing the large sum of $3,064 to be borrowed for the minor, and her property pledged for it. George Simpson, sub-tutor, agent for his mother and interested in his father's estate, himself and two of his brothers being members of the family council advising the loan, knew the nature and character of this account. His knowledge was the knowledge of his mother, and made her privy to a fraud on the minor. In any case, a lender to a minor, I take it for granted, would be bound at his peril to see that the authorization was at least regu-

1889.
Kerr & Davis.

lar on the face of it. Here it was to Geo. Simpson's knowledge irregular and not binding on the minor. He had a much greater responsibility as *légitime contradicteur* of the tutor, knowing, as he was bound to know, the sufficiency of the minor's means for herself if properly administered, and that the necessity to raise money was not her necessity but the necessity of Fields, either from mal-administration or himself; it was his duty to have opposed and prevented the authorization being passed for a loan that could not be justified; he was himself adviser of the loan to be made for his mother, for whom he acted as for himself for his interest in his father's estate; he was, in fact, making his advice serve to put the minor he should have protected, into his own power; the capacities in which he acted were incompatible; he cannot invoke as a protection the authorization which, as regards him, should have no force whatever.

It is clearly established that Miss Kerr had ample means to live on. She and her sister were extremely economical, doing the house work as common servants; she was not in trade, and did not speculate; she could not be held responsible for Mr. Fields' acts; he had no authority or power of attorney from her; the circumstances did not warrant his squandering, or being authorized to squander, her property; the larger expenditure and general management were not made for her; it was only when Fields came to need money that he designed the sacrifice of Miss Kerr's property.

Mrs. Fields distinctly proves that threats and intimidation were used by George Simpson to coerce Miss Kerr to sign the obligation; that she, Miss Fields, was made instrumental in the coercion. This is corroborated by Miss Louise Kerr, and Miss Harriet E. Kerr's feeble state of health is abundantly shown. The notary, during the few minutes he attended to have the deed signed, did not see coercion used, but it was not of a nature to be exhibited before him. George Simpson, examined as a witness, does not pretend to disprove the threats. On the whole, the conclusion arrived at, although with considerable

hesitation, is that Miss Kerr was coerced by threats and duress into signing the deed; that if these threats had not been used she would not have signed it; that the deed obtained by such means should not be sustained.

I find here evidence of duress. The Civil Code in Arts. 994, 995 and 996, describes what is to be considered such violence as would annul a contract, which of necessity leaves much to the appreciation and discretion of the Judge. The sex, state of health and circumstances weigh in this appreciation. It is to be observed that the threats used need not necessarily be of criminal prosecution. Mrs. Fields had an interest in getting Miss Kerr to sign the obligation to pay the debts of her deceased husband. George Simpson was immensely interested; nevertheless, examined as a witness, he does not venture to contradict the evidence of duress. Had duress not been used it would have been natural for him, the opportunity being thus afforded him, to contradict the assertion of Mrs. Fields, corroborated by that of Mary Louise Kerr. He attempts to prove a declaration of Miss Kerr inconsistent with the fact of force having been used, but not much weight should be attached to this.

Besides the exercise of duress in annulling the contract, Art. 989 enacts that a contract without a consideration or with an unlawful consideration has no effect. In the present case there was no consideration to Miss Kerr. The debt, if any was owing, was due by Fields, and Miss Kerr did not profess to become security for that debt.

The learned Judge of the Superior Court, by his judgment, recognises the fact that Miss Kerr herself received no consideration for this second mortgage, but holds her responsible as having voluntarily become responsible for Mr. Fields' debt.

I hold that the judgment which relieved Miss Kerr from the payment of the obligation of the 8th January, 1880, is good, and should stand; but in so far as the same judgment upheld as valid the obligation and mortgage or hypothec of the 23rd of February, 1885, the same should be reversed and Dame Lurena Davis' action dismissed.

1889.
Kerr & Davis.

As regards the hypothecary action brought by Dame Lurena Davis against Mary Louise Kerr, the obligation on which it is based, being annulled, the judgment dismissing that action must be confirmed.

The following is the judgment of the Court:—

"The Court, etc.....

"Considering that the signature of the appellant, Harriett E. Kerr, to the obligation of date 23rd February, 1885, was obtained from her by threats and duress, while she was in a weak state of health, and feeble bodily and mentally, and that she received no consideration for said obligation, and that it should consequently be held and declared to be null and void;

"Considering, therefore, that in the judgment rendered by the Superior Court in this cause, at Terrebonne, on the 30th October, 1886, there is error in so far as regards the holding of the said obligation valid, and giving effect thereto, and in maintaining the *saisie-arrêt simple* taken in this cause;

"The Court of Our Lady the Queen, now here, doth cancel, annul and set aside the said judgment in so far as regards the holding of the said obligation valid and giving effect thereto, and maintaining the said *saisie-arrêt simple*; and proceeding to render the judgment which the said Superior Court ought to have rendered, doth set aside the said *saisie-arrêt simple*, and doth dismiss the said action of the respondent Lurena Davis *ès qualité*, with costs as well of this Court as of the said Superior Court, costs in this court to be taxed as in a cause of the first class. The Hon. Justices Tessier and Bossé dissenting."

Judgment reformed and action dismissed.[1]

Macmaster, Hutchinson, Weir & Maclennan, attorneys for Miss Kerr.

Prévost, Bastien & Prévost, attorneys for Dame Lurena Davis (Mrs. Simpson).

(J.K.)

[1] The appeal of Dame Lurena Davis from the same judgment was dismissed, Tessier, J., dissenting.

January 23, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

DAME CORNELIE ARCHAMBAULT,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

OLIVIER POITRAS,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Servitude—Moulin banal—Obligation of riparian owners—Right of Co-proprietorship.

HELD:—1. The *droit de banalité* under the old law was a servitude which imposed on riparian owners the obligation of permitting on their lands the construction of the dam (*chaussée*) necessary for the working of a *moulin banal* of the seigniory; and when the seigniorial tenure was abolished, the seignior remained sole owner of the mill and the dam.

2. While every riparian owner has the right to use the water of a stream adjoining his land, on condition of returning it to the stream at its exit from the land, he is not entitled to draw off water from a dam belonging to another, for irrigation or manufacturing purposes.

3. Joint use of a thing, where one of the parties enjoys the use under a title obliging him to pay an annual sum for such use, cannot confer a right of co-ownership, however long such joint use may have lasted.

4. The right of the owner of the saw-mill in the present case was limited to the use of the surplus water not required for the operation of the *moulin banal*; but the plaintiff having wholly denied his right to use the water, the action was dismissed, the Court reserving to plaintiff the right to establish the limitation.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Joliette, (TASCHEREAU, J.) Oct. 10, 1887, in the following terms:—

"La Cour ayant entendu les parties, par leur avocats respectifs, sur le mérite de la présente cause, examiné la procedure, la preuve, les admissions et généralement toutes le pièces du dossier, et sur le tout délibéré:

"Considérant que la chaussée du moulin mentionnée

1889.
Archambault & Poitras.

dans l'action du demandeur, et qui est appuyée, du côté nord de la rivière Achigan, sur l'immeuble maintenant possédé par Dame Cornélie Archambault, veuve Onulphe Pelletier, fils, existe depuis un temps immémorial, et a toujours servi jusqu'à l'époque de l'abolition des droits seigneuriaux en cette Province, comme la chaussée du moulin banal de cette partie de la Seigneurie L'Assomption appelée fief 'Bailleul," et qu'elle était reconnue comme telle par tous les censitaires du dit fief et par les auteurs de la dite Dame Cornélie Archambault et du présent défendeur, acquéreur d'un emplacement détaché du dit immeuble (côté nord de la dite rivière,), ainsi que ci-après mentionné ;

" Considérant que bien que les titres originaires de concession des dits immeubles de la dite dame Cornélie Archambault et du défendeur paraissent antérieurs à la date de la construction du dit moulin banal et d'icelle chausséee, et bien que les dits titres attribuent la propriété des dits immeubles aux concessionnaires d'iceux jusqu'au fil de l'eau, c'est-à-dire, jusqu'au milieu du lit de la dite rivière, laquelle n'est ni navigable ni flottable, néanmoins les seigneurs avaient le droit incontestable, en construisant leur moulin banal, d'appuyer la dite chaussée sur la rive nord de la rivière ; attendu que les concessionnaires et leur représentants, étant soumis aux servitudes de droit et particulièrement à celles découlant nécessairement du droit de banalité, obligatoire pour les censitaires comme pour les seigneurs, étaient tenus de se soumettre, comme ils se sont soumis, à cette construction et à cette existence de la chaussée seigneuriale appuyée sur leur immeuble ;

" Considérant que cette chaussée comme accessoire et dépendance du dit moulin banal, était la propriété exclusive des dits seigneurs, qui seuls avaient le droit d'en jouir et profiter, ainsi que de l'eau y amassée, pour l'usage du dit moulin banal, et qui ont toujours joui de ce droit :

" Considérant que les dits censitaires et les propriétaires riverains, quoique pouvant user des eaux de la dite rivière, en d'autres endroits d'icelle, pour des fins industrielles et privées (autres que l'exploitation des moulins à farine,)

1889.

Archambault & Poitras.

n'avaient cependant pas le droit de se servir de la dite chaussée ni de l'eau y amassée, excepté par la tolérance ou la permission des dits seigneurs;

" Considérant qu'après l'abolition des droits seigneuriaux, les moulins banaux et leurs dépendances et accessoires sont restés la propriété individuelle des seigneurs de cette Province, et que conséquemment la dite chaussée et le droit exclusif d'en jour, ainsi que de l'eau y amassée sont restés aux mains des propriétaires du dit fief Bailleul, qui ont continué à les posséder paisiblement et sans trouble, jusqu'à la vente ci-après mentionnée, faite à l'auteur du présent demandeur;

" Considérant que vers l'année 1855, feu Onulphe Pelletier, père, alors propriétaire des dits immeubles de la dite dame Archambault et du défendeur, construisit sur celui maintenant possédé par la dite dame Archambault, et dans le voisinage immédiat de la dite chaussée, un moulin à scie et autres bâtisses accessoires, et que pour faire fonctionner le mécanisme du dit moulin à scie, il fit faire, construire et creuser, sur son propre terrain, un canal partant de la dite rivière, à quelques pieds plus haut que la dite chaussée, de manière à conduire à son dit moulin à scie une partie de l'eau retenue et amassée dans la dite chaussée pour l'utilité exclusive du dit moulin à farine seigneurial;

" Considérant que dame Marie Aurélie Faribault, veuve Viger, alors propriétaire de la dite seigneurie et du dit moulin à farine et dépendances, donna alors son consentement aux dits travaux du dit Onulphe Pelletier, père, et à la dite prise d'eau dans la dite chaussée, pour l'utilité du dit moulin à scie, et ce, moyennant une certaine redevance annuelle, et pourvu que la dite prise d'eau ne causât aucune préjudice à l'exploitation du moulin à farine et fût révocable à volonté de la part de la dite dame;

" Considérant qu'il est en preuve que le dit Onulphe Pelletier, père, jusqu'à son décès, arrivé en l'année 1880, a exploité le dit moulin à scie et l'a fait fonctionner par et au moyen de la dite prise d'eau, avec la permission, le consentement et la tolérance de la dite dame Viger, de Louis

1889.
Archambault & Poitras.

Poitras, successeur de cette dernière, dans la propriété du dit moulin à farine et dépendances (en vertu de l'acte ci-après mentionné) et du présent demandeur, successeur du dit Louis Poitras; et qu'il est aussi en preuve que le dit Onulphe Pelletier, père, a payé, pendant un certain temps, pour l'usage de la dite chaussée et la dite prise d'eau, une redevance annuelle de $25;

" Considérant que par acte de vente fait et passé à L'Assomption, le 19 décembre, 1870, pardevant Mtre. Léonard, notaire, et témoins, la dite dame Viger vendit au dit Louis Poitras, père du demandeur, à ce présent et acceptant, les immeubles ainsi décrits au dit acte comprenant le dit moulin à farine, la dite chaussée et tous leurs accessoires et dépendances et droits et priviléges y attachés, savoir : ' 1o. Un moulin à farine en pierre, à trois moulanges, avec ' leurs bluteaux vivrant et travaillant, un canal (très long), ' empellements et chaussée, écurie, remise et maison, dé- ' pendant du moulin, le tout construit et érigé sur un ' terrain situé en la paroisse de L'Epiphanie, enclavé dans ' la seconde partie de la seigneurie, de la contenance que ' le dit terrain peut avoir, dans les bornes ci-après, tenant ' par un bout et d'un côté, partie à J.-Bte. Chamberland ou ' représentant, et partie à la rivière L'Achigan, et de l'autre ' bout, partie à la rivière et partie à l'emplacement ci-après ' indiqué, et de l'autre côté, partie au chemin qui divise le ' terrain de la terre de Louis Poitras ou représentant, et ' dont icelui terrain faisait autrefois partie, et partie au dit ' Louis Poitras; dans le terrain du moulin et en dépendant ' se trouve compris celui que feu M. Viger avait acquis, ' pour l'utilité et l'usage du dit moulin, de Siméon Bricault ' dit Lamarche, le 27 mars 1845, devant J. Brunel, N. P., ' de cinq perches de front sur pareille profondeur; 2o. Un ' lot de terre à bois, situé en la dite paroisse de L'Epi- ' phanie, même seigneurie, étant le numéro 1432 du ' cadastre d'icelle seigneurie, contenant trois arpents de ' front sur cinq de profondeur, prenant devant aux terrains ' de Louis Poitras, fils de Louis, et la veuve Pierre Amireau, ' derrière à Fabien Poitras; tenant d'un côté à Séraphin ' Leblanc et d'autre côté au dit Louis Poitras, sans bâtisse; '

1889.

Archambault & Poitras.

" Considérant que par acte d'échange, passé entre le dit Louis Poitras et le demandeur, son fils, pardevant Mtre. Léonard, notaire et témoin, le 18 mars 1874, le dit Louis Poitras céda au demandeur, ce acceptant, les deux immeubles susdits, avec leurs circonstances, dépendances, droits, priviléges et accessoires ;

" Considérant qu'en vertu des dits deux actes en dernier lieu récités, lesquels ont été dûment enregistrés, le dit Louis Poitras et après lui, le demandeur ont possédé les dits immeubles et la chaussée en question, et que le demandeur les possède encore ;

" Considérant que le dit Onulphe Pelletier, père, avait laissé plusieurs héritiers, entr'autres Onulphe Pelletier fils, à qui échut le dit moulin à scie et ses dépendances, et qui les a possédés jusqu'à son décès, arrivé le 14 mars 1885, le dit Onulphe Pelletier, fils, ayant toujours fait usage de la dite prise d'eau pour l'usage de son dit moulin à scie ;

" Considérant que par son testament, en date du 18 novembre 1872, et non révoqué avant sa mort, le dit Onulphe Pelletier, fils, avait institué la dite dame Cornélie Archambault sa légataire universelle, et que cette dernière a accepté le dit legs universel et en est en possession ; que de plus elle a continué à faire usage de la dite prise d'eau, pour l'exploitation du dit moulin à scie jusqu'à la date de l'institution de la présente action ;

" Considérant que par une action portée le 7 janvier 1882, par le présent demandeur contre les héritiers et représentants de feu Onulphe Pelletier, père, savoir, dame Adèle Magnan, (sa veuve, comme ayant été commune en biens avec lui), le dit Onulphe Pelletier, fils, et Cyrille Pelletier, la dite action portant le No. 1294 des dossiers de cette Cour, le dit demandeur poursuivait, entr'autres réclamations, le recouvrement des arrérages de la redevance annuelle de $25 à lui dûs par le dit Onulphe Pelletier, père, et ses dits héritiers et représentants légaux, pour le dit usage de la chaussée et la dite prise d'eau, et qu'à cette action les dits défendeurs plaidaient que le demandeur n'avait pas droit à la dite indemnité, que la dite

1889.
Archambault & Poitras.

chaussée étant située sur leur terrain, était propriété commune, et ne pouvait être revendiquée en entier par le demandeur ;

" Considérant que le dit Onulphe Pelletier, fils, étant décédé pendant la dite instance No. 1294, la dite dame Cornélie Archambault reprit l'instance en son lieu et place et sur les mêmes moyens de défense ;

" Considérant que le 13 juin 1885, jugement a été prononcé par cette Cour, dans la dite instance No. 1294, maintenant les prétentions du demandeur et rejetant celles de la défense relativement à la propriété de la dite chaussée et à l'indemnité dûe pour la prise d'eau en icelle, et condamnant les défendeurs à payer cinq années d'arrérages de la dite indemnité ou redevance à raison de $25 par année ;

" Considérant que par le dit jugement il y a chose jugée entre le demandeur et la dite Cornélie Archambault ; 1o. quant au droit de la propriété de la chaussée en question ; 2o. quant à la redevance annuelle dûe par la dite dame Archambault pour l'usage de la dite chaussée et la prise d'eau en icelle ;

" Considérant que dans un acte de vente consenti le 16 janvier 1864, à L'Assomption, devant Mtre. Léonard, notaire, par le dit Onulphe Pelletier, père, au présent défendeur, ce acceptant, d'un certain emplacement (avec bâtisses) détaché du terrain sur lequel le dit moulin à scie était construit, le dit Onulphe Pelletier, père, avait reconnu expressément la précarité de son dit droit de prise d'eau, par une clause spéciale du dit acte : et que par le dit acte, le dit Onulphe Pelletier, père, s'était obligé de fournir au dit défendeur, pour l'usage de l'usine ou manufacture de ce dernier, une partie de l'eau qu'il (le dit Onulphe Pelletier, père) recevait lui-même de la dite chaussée au moyen du canal susdit, et ce tant et aussi longtemps seulement que son dit droit de prise d'eau serait maintenu et continué à lui-même par la dite dame Viger, alors propriétaire de la dite chaussée ;

" Considérant qu'en vertu du dit acte en dernier lieu mentionnée, le dit défendeur a, par l'entremise de son dit

vendeur, et plus tard des représentants légaux de ce dernier, et en dernier lieu de la dite dame Cornélie Archambault, participé à la dite prise d'eau au moyen du canal susdit, situé sur le terrain de la dite dame, et y participe encore ;

" Considérant que les droits de propriété du demandeur, dans et sur la dite chaussée, sont incontestables, pour les motifs déjà déduits ; que la possession par la dite dame Cornélie Archambault et ses auteurs, d'une partie de la dite chaussée, et le droit de prise d'eau exercé par elle et ses auteurs, et par le présent défendeur, étaient de nature précaire, soumis à la permission et à la tolérance du demandeur et de ses auteurs, et au paiement par la dite dame Archambault et ses auteurs d'une redevance annuelle dont la valeur a déjà été établie et fixée par cette Cour, et étaient de plus sujets à révocation ;

" Considerant que par sa contestation des droits de propriété du demandeur, et par ses prétentions à la propriété commune de la dite chaussée et de l'eau y amassée, contestation et prétentions qu'il veut faire valoir au même titre que la dite dame Archambault et qu'il réitère par sa défense en cette cause, le défendeur a justifié l'action portée par le demandeur pour faire reconnaitre ses droits injustement méconnus, et le refus de ce dernier de continuer à permettre l'exercice du dit droit temporaire de prise d'eau ;

" Considérant que le défendeur n'a établi l'existence, ni en fait ni en loi des prétendus dommages, qu'il allègue avoir soufferts par la faute du demandeur, et qu'il offre en compensation ;

" Considérant que la valeur annuelle de la prise d'eau susdite est bien de la somme de $25, faisant pour les trois années et demie réclamées (du 1er janvier 1882, au 22 juin 1885), la somme de $87.50 ; mais que la dite redevance n'est payable au demandeur que par la dite dame Archambault et ne peut être réclamée que de cette dernière seule, qui seule aussi peut être condamnée à remplir, combler et fermer le dit canal, lequel est construit uniquement sur sa propriété ;

1889.

Archambault & Poitras.

" Rejette les défenses, déclare le demandeur seul et unique propriétaire des deux immeubles ci-dessus décrits, y compris le dit moulin à farine, tous ses accessoires, et la dite chaussée servant à l'exploitation du dit moulin à farine, le réintègre et maintient dans la possession exclusive et absolue d'iceux; fait défense au défendeur de troubler le demandeur dans la propriété et la possession qu'il en a légalement, et de faire usage, pour l'exploitation du dit moulin à scie de la défenderesse, de l'eau retenue et amassée dans la dite chaussée ; la condamne à remplir, combler et fermer, sur sa dite propriété, le dit canal construit et entretenu par elle et ses auteurs, et servant à conduire au dit moulin à scie, l'eau ou partie de l'eau retenue par la dite chaussée, sous un délai de six mois, à compter de la signification du présent jugement, et à défaut par la défenderesse, dans le dit délai, d'avoir obtempéré au dit ordre, et le dit délai expiré, autorise le demandeur à fermer, remplir et combler le dit canal aux frais et dépens de la défenderesse ; et condamne de plus cette dernière à payer au demandeur la dite somme de $87.50, avec intérêt de ce jour, et les dépens de l'action telle que portée, et tous les frais du litige, distraits, etc., sauf les frais déjà adjugés durant l'instance."

Nov. 22, 23, 1888.]

Pagnuelo, Q. C., for the appellant.

Dugas, for the respondent.

Bossé, J. (for the Court) :—

L'action en cette cause allègue :

Que Dame Marie Aurélie Faribault, veuve de feu Louis Michel Viger, seigneuresse de la seigneurie de l'Assomption, était propriétaire de deux immeubles situés dans la paroisse de l'Epiphanie, sur lesquels était construit un moulin à farine, touchant à et alimenté par la rivière Achigan ;

Que le moulin et sa chaussée étaient construits depuis cent ans par les seigneurs de la dite seigneurie de l'Assomption, comme moulin banal ;

Que par acte du 19 déc. 1870, devant Léonard, notaire,

la dite Dame Viger vendit à Louis Poitras, père du demandeur, ses deux immeubles, et que Louis Poitras, père, échangea ces terrains avec le demandeur ;

Que depuis au-delà de vingt ans, alors que la dite Dame Viger était propriétaire en possession des dits immeubles, moulin, chaussée et accessoires, feu Onulphe Pelletier, alors propriétaire d'un terrain situé de l'autre coté de la Rivière et aboutissant à la chaussée, a construit un moulin à scie et autres bâtisses qu'il a exploitées jusqu'à vers 1880, date de son décès, et que pour l'exploitation de ce moulin il a fait construire sur son terrain un canal qui prend l'eau dans la chaussée. Que depuis, ses représentants, savoir, la défenderesse ont continué la même exploitation de ce moulin et exercé la même prise d'eau, le tout sans la permission du demandeur ni celle de ses auteurs et sans droit ;

Que la valeur de cette prise d'eau depuis le 1er janvier 1882, au 20 juin 1885, date de l'action, est de $105 ;

Les conclusions demandent que le demandeur soit déclaré seul propriétaire de la chaussée, et avoir le droit exclusif de s'en servir ; la démolition du canal, qu'il soit fait défense à la défenderesse de ne plus, à l'avenir, prendre de l'eau à la chaussée, qu'il lui soit enjoint d'en laisser l'usage libre et exclusif au demandeur, et enfin à une condamnation au paiement de la somme de $105, valeur de l'usage de l'eau.

La défenderesse a invoqué plusieurs moyens :

1o. Que la concession originaire de la terre sur laquelle est bâti son moulin avait été faite par le seigneur à aller au fil de l'eau ; que cette concession lui donnait le droit de se servir de l'eau qui borde cet héritage, à la seule condition de la rendre à la sortie de l'héritage, et qu'elle n'avait pas fait plus en s'en servant pour son moulin.

2o. Que les seigneurs en présence des droits ainsi concédés n'avaient pas pu appuyer leur chaussée sur la propriété ainsi concédée, et que, cependant ils l'avaient fait et avaient inondé les terrains des auteurs de la défenderesse lui causant de grands dommages, et que pour éviter les condamnations pour indemnité qui en seraient résul-

1889. Archambault & Poitras.

tées, feu Mr. Viger, alors le seigneur en possession était vers 1852, convenu avec feu O. Pelletier, que ce dernier construirait un moulin à scie sur la chaussée et qu'il se servirait de l'eau de la chaussée pour le faire marcher, sans cependant faire dommage au moulin à farine du seigneur, ni lui ôter l'eau nécessaire ; que c'est dans ces conditions que le moulin et le canal qui l'alimentent ont été faits, et que le moulin ainsi construit forme partie de l'une des ailes de la chaussée. Que de ce qui précède est résulté un droit de co-propriété dans la chaussée.

3o. Que Pelletier et après lui, la défenderesse ont toujours depuis joui de la chaussée en commun avec le demandeur et ses auteurs, qu'ils l'ont exhaussée, réparée et entretenue en commun, et qu'ils ont acquis le droit de co-propriété par prescription de trente ans.

4o. Que le demandeur a laissé inutilement à diverses reprises, couler l'eau de la chaussée en levant les pelles de son moulin, et a causé de grands dommages à la défenderesse.

Enfin, elle conclut à ce qu'elle soit déclarée co-propriétaire et qu'au cas où la Cour déclarerait qu'elle doit une indemnité pour l'usage de l'eau, que ce montant soit déclaré compensé par les dommages soufferts par le fait du demandeur, et l'action renvoyée en conséquence.

Après une longue enquête et la production d'un grand nombre de titres, la Cour Supérieure a déclaré :

Que la chaussée avait été construite par les seigneurs pour le moulin banal de la seigneurie, et que pour cette fin les seigneurs avaient eu le droit de l'asseoir sur le terrain des auteurs de la défenderesse.

Que cette chaussée était la propriété des seigneurs qui avaient vers 1855, consenti à la construction par Onulphe Pelletier, l'auteur de la défenderesse, d'un moulin à scie incorporé dans l'aile nord de la chaussée dont il forme partie, et à une prise d'eau dans la chaussée pour l'alimentation de ce moulin, moyennant une redevance annuelle de $25, mais que cette permission n'avait été donnée qu'à la condition de ne causer aucun préjudice à l'exploitation du moulin à farine, et qu'elle avait été stipulée

révocable à volonté de la part des seigneurs ; que cette indemnité annuelle appartenait au demandeur cessionnaire des seigneurs Viger, et, maintenant les conclusions de l'action, la Cour Supérieure a condamné la défenderesse à combler le canal, lui a fait défense de ne plus, à l'avenir, prendre de l'eau dans la chaussée, et l'a condamné à payer $87.50 pour l'usage de l'eau à raison de $25 par an et les dépens.

C'est ce jugement qui est maintenant soumis à cette Cour.

Je suis d'opinion qu'il y a lieu de déclarer, avec la Cour Supérieure, que le droit de banalité était sous l'ancien droit une servitude imposant aux propriétaires riverains l'obligation de permettre sur leurs terrains l'établissement de la chaussée, nécessaire à un moulin banal de la seigneurie : que ce droit a été bien exercé par le seigneur pour la construction du moulin banal à farine dont il s'agit, et que lors de l'abolition de la tenure seigneuriale, le seigneur est resté seul propriétaire du moulin et de la chaussée. Que, de plus, s'il est vrai que tout propriétaire riverain a le droit de se servir de l'eau d'une rivière qui borde son héritage, mais à la charge de la rendre à la rivière à la sortie de cet héritage, il n'a pas pour cela le droit de pratiquer une saignée dans une chaussée appartenant à un autre, et d'en faire écouler l'eau pour l'alimentation d'une usine ou pour des fins d'irrigation.

Enfin, comme matière de fait : il est en preuve, comme nous dit le jugement, que O. Pelletier a construit son moulin à scie vers 1855, qu'il l'a établi dans l'aile nord de la chaussée, dans laquelle il est incorporé, et dont il forme partie, et que depuis sa construction Pelletier et ses représen tants l'ont toujours exploité.

Reste à déterminer si la défenderesse ou ses auteurs ont acquis des droits à la chaussée, et quelle est la nature et l'étendue des droits ainsi acquis.

Le premier acte au dossier qui s'y rapporte est une vente par O. Pelletier, père, à William Lynch, d'une partie de son terrain au nord de la rivière, et d'une bâtisse que Lynch parait avoir antérieurement possédé comme

1889. Archambault & Poitras.

locataire, et qu'il utilisait comme fabrique de chaises depuis quelques années déjà. Mais cet acte ne contient que les déclarations d'Onulphe Pelletier et ses obligations envers son acheteur, et ne peut partant être invoqué par la défense. Cet acte est en date du six janvier 1864, et après mention des terrains vendus, il y est déclaré que Pelletier vend de plus :

" 4o. Une roue hydraulique, avec ses dépendances, qui " se trouve située dans le moulin à scie du vendeur et " désignée sur le dit plan sous la lettre " J ", et qui sert à " faire mouvoir la manufacture de chaises du dit acquéreur ;

" 5o. Le droit de passer, tant à pied qu'en voiture, sur " le terrain qui se trouve entre les deux emplacements " pour communiquer du chemin public à la rivière et " d'un emplacement à l'autre." Et il est ajouté : " Comme " la bâtisse, érigée sur le terrain en second lieu mentionné, sert aujourd'hui de manufacture de chaises au dit " acquéreur et doit être mue par eau ou pourrait être destinée plus tard pour quelque autre manufacture ou " moulin, qui devrait être aussi mu par eau, alors le dit " vendeur s'oblige et s'engage de fournir au dit acquéreur, ses dits hoirs et ayants-cause, un pouvoir d'eau qui " passe par un canal ou dalle carrée, qui a et ne devra " jamais avoir plus de 24 pouces sur 19 pouces à l'embouchure, et 24 pouces sur 14 pouces à la décharge ; " mais il est bien entendu et convenu entre les dites parties que le dit vendeur ne sera pas tenu de fournir plus " d'eau qu'il ne peut en disposer par le pouvoir d'eau " dont il jouit aujourd'hui ; conséquemment si, par la " sècheresse, le dit vendeur ne pouvait pas fournir de " l'eau suffisamment au dit acquéreur, ses dits hoirs et " ayants-cause, pour faire marcher sa ou ses manufactures, " ce dernier n'aura droit de répéter aucun dommage contre le dit vendeur,—le dit vendeur ne s'obligeant à fournir au dit acquéreur, ses dits hoirs et ayants-cause, la " quantité d'eau ci-dessus spécifiée qu'en autant qu'il en " recevra lui-même."

" Il est ajouté ce qui suit :

1889.

Archambault & Poitras.

" Il est aussi convenu et entendu entre les dites parties, " que dans le cas où madame Viger, lorsque l'eau ne sera " pas assez abondante pour faire mouvoir et marcher son " moulin à farine, aurait le droit de priver le dit Onulphe " Pelletier et le dit William Lynch du pouvoir d'eau dont " il est parlé et mentionné ci-dessus, alors le dit William " Lynch n'aura droit de répéter aucun dommage contre le " dit Onulphe Pelletier."

Le second acte est un protêt en date du 27 septembre 1867, par Dame Veuve Viger, alors propriétaire du moulin à farine et signifié à O. Pelletier dans lequel elle déclare:

" 1o. Que par conventions verbales intervenues entre feu " Mr. Viger et Pelletier en 1855, il aurait été permis à ce " dernier de construire un moulin à scie et de l'appuyer " sur le quai nord de la chaussée du moulin à farine du " dit Sieur Viger, situé en la dite paroisse de l'Epiphanie, " sur la rivière Achigan et de se servir de l'eau de la dite " chaussée pour faire mouvoir le dit moulin à scie, sans " cependant nuire au dit moulin à farine ; le dit Onulphe " Pelletier s'étant engagé d'arrêter immédiatement son " moulin à scie lorsqu'il n'y aurait pas d'eau suffisamment " pour le dit moulin à farine, le dit Onulphe Pelletier " n'ayant droit qu'au surplus de l'eau pour l'alimentation " du moulin à farine.

" 2o. Que le dit requérant ès qualité a été informé d'une " manière certaine que le dit Onulphe Pelletier, sans avoir " égard aux conventions susdites, a empiété sur ses droits, " le prive de l'eau nécessaire pour le dit moulin à farine " et la détourne à son avantage, au grand détriment et " préjudice du dit requérant ès qualité, qui a déjà souffert " et souffre encore aujourd'hui des dommages très consi- " dérables.

" 3o. Que de plus, le dit requérant a été informé que " le dit William Lynch, manufacturier, de la paroisse de " l'Epiphanie, se propose et est sur le point de placer dans " le canal du dit moulin à scie, pour faire mouvoir sa " manufacture, une roue hydraulique d'un volume plus " considérable que celle qu'il a actuellement, et partant " demandera plus d'eau et causera par là même des dom-

1889.
Archambault & Poitras.

" mages encore plus considérables au dit moulin à farine.
" C'est pourquoi, au nom du dit requérant ès qualité, et
" en parlant comme dit est, le notaire soussigné a sommé
" et interpellé le dit Onulphe Pelletier de se conformer
" en tout et partout aux conventions ci-dessus mention-
" nées; c'est-à-dire, de ne se servir que du surplus de
" l'eau nécessaire pour l'alimentation du dit moulin à
" farine et d'empêcher le dit William Lynch, son acqué-
" reur, de poser sa susdite roue hydraulique."

Pelletier doit s'être conformé à ce protêt, car il ne paraît pas qu'il y ait été donné suite. Et les parties paraissent aussi avoir continué à utiliser l'eau de la rivière pour l'exploitation de leurs moulins respectifs, jusqu'au 19 décembre 1877, date à laquelle Madame Viger a vendu à Poitras, l'auteur du demandeur, son moulin à farine, la chaussée et dépendances. Il est dit dans cet acte:

" Déclare de plus la dite Dame venderesse qu'il y a
" plusieurs années sieur Onulphe Pelletier, commerçant de
" l'Epiphanie, a construit sur son propre terrain, savoir, à
" l'endroit où aboutit la chaussée du dit moulin, et de
" l'autre côté de la rivière, un moulin à scie et *autres con-*
" *structions*, pour lesquelles il se sert de l'eau de la dite
" chaussée, et que vu ces constructions, il est intervenu
" entre la dite venderesse et le dit Pelletier, il y a plu-
" sieurs années, une convention verbale par laquelle il a
" été arrêté que le dit Pelletier *continuerait à l'avenir* à
" jouir du droit et servitudes par lui pris ou empiétés sur
" la dite chaussée, moyennant cependant un droit annuel
" de $25.00 du cours actuel de cette Province, que le dit
" Pelletier s'est alors obligé de payer pour ce à la dite
" Dame Viger, et de plus l'obligation de ne prendre d'eau
" de la dite chaussée qu'en quantité raisonnable et de
" manière à ne gêner en rien l'exploitation du dit moulin
" à farine.

" Qu'attendu qu'aucun acte ou écrit ne constate l'arran-
" gement ci-dessus, et qu'il pourrait par suite s'élever
" quelques difficultés à cet égard la dite Dame Viger cède,
" quitte au dit acquéreur tous droits qu'elle peut avoir
" *dans la dite somme de vingt-cinq piastres* par année payable

1889.

Archambault & Poitras.

" par le dit Pelletier, mais sans aucune garantie quelcon-
" que, ne voulant jamais être troublée ou inquiétée à cet
" égard par le dit acquéreur, quand même il ne pourrait,
" pour quelque raison que ce soit, faire valoir ce droit
" contre le dit Pelletier, ce qui est accepté par le dit ac-
" quéreur.

" De plus, la dite Dame Viger et le dit acquéreur se
" soumettent à cette condition, que le dit acquéreur *rem-*
" *plira comme le dit Pelletier toutes et chacune des obligations*
" résultant de la convention verbale que le dit acquéreur
" dit bien savoir et connaitre, et *qu'il promet de remplir et*
" *accomplir* à l'entière décharge de Madame Viger, s'obli-
" geant à la tenir indemne de toutes réclamations du dit
" Pelletier à cet égard, quand même que telles réclama-
" tions seraient complètement différentes de ce que dessus
" énoncé et beaucoup plus onéreuses. La dite Dame Vi-
" ger devant être complètement libérée de tout engage-
" ment vis-à-vis le dit Pelletier et de toute garantie quel-
" conque à cet égard envers le dit acquéreur."

Enfin, le 7 janvier 1882, le demandeur porta contre une Dame Magnan, veuve Pelletier, et alors propriétaire du moulin à scie, une action dans laquelle alléguant l'existence de la convention par laquelle Pelletier s'était obligé payer $25 par an, *tant qu'il se servirait* de l'eau de la chaussée, le fait que pendant plus de douze ans Pelletier s'était servi de l'eau, qu'il devait la rente annuelle pour cette période de temps, et que le demandeur était aux droits des seigneurs Viger, il concluait entre autres choses au paiement de $125.00 pour cinq ans non prescrits de rente.

En réponse à cette action, la défenderesse nia le droit du demandeur à la propriété exclusive de la chaussée, affirma son droit de se servir de l'eau à la condition de la remettre à la rivière à sa sortie de son héritage, et, tant par titres que par prescription, son droit de co-propriété à la chaussée qu'elle et ses auteurs avaient, disait-elle, entretenue à frais communs avec le demandeur et ses auteurs depuis au-delà de trente ans. Suivaient des allégations de dommages, de contre-comptes et une demande de compensation.

1889.
Archambault & Poitras.

Le jugement a écarté ces défenses, reconnu le droit du demandeur à la propriété de la chaussée, et procédant sur la convention de payer l'indemnité annuelle de $25, liquidé les comptes respectifs présentés par les parties et condamné la défenderesse à payer $78.85, balance des cinq ans de la rente.

Voilà pour la preuve écrite.

Quant à la preuve testimoniale, elle constate que le moulin à scie a été bâti en 1855, que pour son alimentation le canal actuel a été construit ; que ces travaux ont été faits à la connaissance et avec l'approbation des seigneurs, qui ont permis la destruction de partie du mur nord de la chaussée, et l'érection au même endroit des fondations du moulin à scie qui est ainsi devenu partie intégrale de la chaussée ; que toujours depuis le moulin a été en opération, et que les réparations grosses et petites, nécessitées par vétusté ou par les accidents causés par les glaces, ont été faites, tantôt par le propriétaire du moulin à farine, tantôt par le propriétaire du moulin à scie, et souvent par les deux ensemble.

Somme toute, la possession paraît avoir été une possession conjointe dans l'intérêt des deux établissements, et s'il y a contradiction dans la preuve sur la question de savoir si l'exploitation du moulin à scie a nui ou non à celle du moulin à farine, il paraît certain que les propriétaires de ces deux établissements se sont entendus pour cette exploitation commune, et pour le bénéfice des deux moulins, jusqu'à ou vers la date de l'acquisition du demandeur, et que ce n'est qu'alors que les difficultés ont surgi.

C'est dans ces circonstances qu'il s'agit de déterminer :

1o. Si la défenderesse a, par titre ou prescription, un droit de co-propriété dans la chaussée ;

2o. Dans le cas où elle n'aurait pas un droit de co-propriété, si elle a le droit de prendre de l'eau, et en quelle quantité.

Sur la première question et pour établir son droit de co-propriété résultant des titres et de la prescription par la jouissance commune, l'appelant a soumis un travail

très remarquable, mais, je ne crois pas qu'il y ait lieu à étudier la question de savoir quels actes de jouissance commune et quelle durée de jouissance commune peuvent faire présumer un droit de co-propriété. 1869. Archambault & Poitras.

Dans l'espèce, il résulte du protêt du 20 septembre 1867, de l'acte du 19 décembre 1877, et surtout de l'action de Poitras et Magnan, et du jugement qui l'a décidée, que si les auteurs de la défenderesse ont acquis le droit de se servir de l'eau de la chaussée, ils ne l'ont pas acquis à titre de propriétaires, mais en raison d'une permission accordée moyennant considération ; d'un bail dont ils ont exécuté les conditions et payé pendant longtemps le loyer annuel. La jouissance n'était partant pas celle d'un propriétaire ; quelque longue qu'elle ait été, elle n'a été qu'à ce titre et elle exclut par conséquent l'idée de co-propriété et la prescription qui en aurait résulté. La défenderesse et ses auteurs ont joui suivant leurs titres, et n'ont pu prescrire contre leurs titres.

Quant à la seconde question à savoir quelle est l'étendue de ce droit de jouissance de l'eau, il me paraît certain qu'elle est limitée au surplus de l'eau après que le moulin à farine aurait pris ce qui lui est nécessaire, et sans nuire en aucune manière à l'exploitation du moulin à farine.

La preuve est contradictoire quant à la question de savoir si l'usage de l'eau par le moulin à scie a fait tort au moulin à farine, et si la défenderesse a violé la condition de ne prendre de l'eau que lorsqu'elle pourrait le faire sans nuire au moulin banal ; mais, l'action telle que portée, ne nous permet pas d'entrer dans la considération de la question de savoir si la défenderesse a, pour cette raison, encouru la déchéance de son droit de prise d'eau, elle nie ce droit en entier, et pour cette raison seule demande la suppression du canal. Nous ne pouvons que réserver au demandeur le droit, le cas échéant de réclamer cette limitation à la prise d'eau.

Nous ne décidons pas non plus la question de savoir si le droit de se servir de l'eau est révocable ou non, au gré du demandeur. Les plaidoieries écrites ne soulèvent pas cette question.

1889.

Archambault & Poitras.

The judgment of the Court is as follows :—

" La Cour, etc.....

" Considérant que l'intimé est aux droits de dame Marie Aurélie Faribault, veuve Viger, autrefois propriétaire du moulin banal à farine du fief Bailleul sur la rivière Achigan, et de la chaussée dépendant de ce moulin, et que comme tel il était lors de l'institution de l'action propriétaire des dits moulin et chaussée ;

" Considérant que de l'autre côté de la rivière Achigan, se trouve le moulin-à-scie appartenant à l'appelante comme représentant feu Onulphe Pelletier ;

" Considérant que ce moulin avec son canal de prise d'eau dans la chaussée ont été construits par le dit Onulphe Pelletier vers 1855, et que les fondations du moulin ont été incorporées dans l'aile nord de la chaussée avec la permission du dit Viger, qui a alors donné au dit Pelletier la permission de se servir de l'eau de la chaussée pour faire mouvoir son moulin, sans cependant nuire au moulin à farine, et sans prendre l'eau nécessaire à ce dernier ;

" Considérant que depuis cette date à venir jusqu'à vers l'époque de l'acquisition du moulin à farine par l'intimé, les propriétaires successifs des deux moulins paraissent avoir entretenu la chaussée à frais communs et fait usage de l'eau pour les deux moulins suivant les conventions sus-mentionnées, et que d'ailleurs le demandeur ne se plaint pas de ce que l'appelante aurait pris une plus grande quantité d'eau qu'elle n'avait le droit de prendre ;

" Considérant que l'appelante et son auteur n'ont depuis 1855 joui de la dite chaussée et de la dite prise d'eau qu'en raison des dites conventions, et en conséquence de leur obligation de payer pour icelles, une redevance annuelle de $25, et qu'ils n'ont pu acquérir par prescription le droit de co-propriété qu'ils réclament parcequ'ils n'ont jamais possédé à titre de co-propriétaires ;

" Considérant enfin que d'une part le demandeur réclame un droit absolu et exclusif à la chaussée et à l'eau qui y est retenue, et conclut à ce qu'il soit déclaré que l'appelante n'a aucun droit de s'en servir, que le canal de

prise d'eau dont elle se sert soit démoli, et qu'enfin elle soit condamnée à payer $105, valeur de l'usage de l'eau pendant quatre ans, et que d'autre part l'appelante par ses défenses demande qu'elle soit déclarée être co-propriétaire de la chaussée, et avoir à ce titre droit à l'usage de l'eau ;

" Considérant que l'appelante a fait usage de l'eau de la chaussée pendant trois ans et demi mentionnées en la déclaration, faisant, à raison de $25 par an, la somme de $87.50 ;

" La Cour déclare qu'il y a en autant erreur dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Joliette le 10 de février 1887, le réforme en autant, et procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre ;

" Déclare l'intimé seul propriétaire des immeubles, y compris le dit moulin à farine, tous ses accessoires et la dite chaussée servant à son exploitation, mentionnés en la déclaration comme suit, savoir ; (*Description*), condamne la défenderesse à payer au demandeur la dite somme de $87.50 avec intérêt de l'assignation, et les dépens de l'action en Cour Supérieure, chaque partie payant ses frais en appel."

Judgment reformed. (1)

Pagnuelo, Taillon, Bonin & Gouin, attorneys for appellant.
F. O. Dugas, attorney for respondent.

(J. K.)

(1) In the similar case of *Lynch & Poitras*, decided the same day, the action was against Lynch, who had built a factory on part of the land, for $150, for the use of the water, during five years, and $150 for damages caused to respondent in the working of the *moulin à farine*. The judgment in this case was reversed with costs against respondent, the reasons being in effect the same as in the preceding case, except that in this case there was nothing due by Lynch :—" Considérant que la redevance pour la valeur de la prise d'eau n'est due à l'intimé que par dame Cornélie Archambault, propriétaire actuelle du dit moulin à scie, et ne peut être réclamée que de cette dernière seulement."

November 23, 1889.

Coram TESSIER, BABY, CHURCH, BOSSÉ, JJ.[1]

DAME A. S. LOW ES QUAL.
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

DAME A. J. GEMLEY ES QUAL.
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Testamentary executor—Power to substitute—Liability for misappropriation by agent.

HELD:—Affirming the decision of JOHNSON, J., M. L. R., 4 S. C. 92,

1. That while an executrix, who is also appointed administrator of the estate for a long term of years, has power to substitute another person for the management of the affairs of the estate, the executrix is bound to exercise supervision over the acts of the person so appointed, and cannot divest herself of her personal responsibility, if she fails to take all due precautions.
2. An executrix cannot escape liability for the misappropriations committed by her agent, by simply establishing that such agent was a notary of excellent standing in the community; and the immunity granted to the mandatary empowered to substitute (under Art. 1711, C.C.) does not apply to a testamentary executrix.
3. In the present case the executrix had acted carelessly and without due precaution in making cheques payable to her agent instead of to the borrowers on the proposed mortgages, and in signing deeds without sufficiently examining their contents.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (JOHNSON, J.), May 30, 1888. The judgment of the Court below is reported in M. L. R., 4 S. C. 92-98.

The *considérants* of the judgment of the Court below were as follows:—

"Considering that the plaintiff sues in her quality of tutrix to the minor children of the late George H. Low, for the reformation of the accounts herein filed and rendered to plaintiff *ès qualité*, by the defendant in her

[1] Cross, J., was present at the hearing, but withdrew from the délibéré.

quality of sole remaining executrix of the last will and testament of the late Charles Adamson Low, alleging in her declaration that four items in the said accounts, to wit, a loan to Miss Emma Roussel, of $2,916.81, a loan to Mrs. John Clarke of $1,000, a loan to Mrs. Joseph Bouchard of $3,000, and a loan to the estate Phillips of $10,997.30, which said items are in the said accounts placed to the credit of the defendant and should therein be charged against the defendant;

"Considering that the plaintiff *ès qualité* also claims that a representing the said minors *grevés de substitution* under the said will of the late Charles Adamson Low, she is entitled to the control and possession with the assistance of the *mis en cause*, as curator to the substitution created by the said will, of the one-third portion of the residuary estate of the late Charles Adamson Low, and of all the stocks and securities in the hands of the defendant representing the same;

"Considering that the plaintiff *ès qualité* by her conclusions asks that the defendant be condemned personally and also *ès qualité*, to pay her the balance of account in capital and interest appearing from said accounts to be due to the said minors of the said late George Hamilton Low, with all further interest accrued since the closing of said accounts, and the further sum of $17,914.11, being the total amount of the said four items with which the defendant should have charged herself in said accounts, together with interest;

"Considering that the defendant has pleaded to this action, firstly, by demurrer, alleging that under the terms of the will of the late Charles Adamson Low, and the allegations of the declaration, it appears that the plaintiff *ès qualité* is not entitled to have control of the share of the estate of the late Charles Adamson Low, belonging to said minors, or to demand the rectification of the said accounts; secondly, by a peremptory exception containing substantially the same grounds of defence pleaded in the said demurrer; thirdly, by a plea alleging in substance that the accounts filed are correct; that the said sums in

1889.
Low
&
Gemley.

the declaration enumerated and forming the total of $17,914.11 were misappropriated, without any fault on defendant's part, by one J. S. Hunter, whom she employed in the regular course of business in the investment of the monies of the said estate; that the said Hunter grossly deceived the defendant by false representations and fraudulent manœuvres, making her believe that the said sums entrusted to him were duly invested, while in fact the said Hunter had appropriated them to his own use; that the defendant is not liable for the disappearance or misappropriation of the said sums of money, and that in any event the defendant cannot be condemned to pay over to plaintiff anything beyond the investments actually existing, as shown by the said accounts; and, finally, by a general denial;

"Considering that by consent of parties, the decision of the said demurrer was reserved until the final hearing;

"Considering that the plaintiff is entitled by law as representing the minors of the late George Hamilton Low, *grevés de substitution* under the will of the late Charles Hamilton Low, to the control and possession of the one-third portion of the residuary estate of the said late Charles Adamson Low, and that the said demurrer is unfounded in law;

"Considering that it is proved that on or about the dates mentioned in the said third plea, the defendant handed over to the said J. S. Hunter, for investment, the said four sums forming the said total sum of $17,914.11, and that the same were misappropriated by the said Hunter;

"Considering that even if the defendant had the right to employ the said Hunter to invest the said moneys, she remains by law responsible for the misappropriation thereof by him;

"Considering that in entrusting the said moneys to the said Hunter the defendant acted with gross negligence, and failed to take such precautions as she was bound to take in the administration of the said estate;

1889.

Low & Gemley.

"Considering that the plaintiff has established the material allegations of her declaration; and that the defendant has failed to establish the allegations of her pleas;

"Considering that the *mis en cause* has filed a declaration of submission to the orders of the Court—Doth overrule and dismiss the defendant's said plea, and doth order the said accounts rendered by the defendant to be and they are hereby reformed and rectified so as to place the said items of $2,916.81, (loan to Miss Emma Roussel) $1,000, loan to Mrs. John Clarke; $3,000, loan to Mrs. Joseph Bouchard, and $10,997.30, loan to estate Philips, to the debit of the said defendant in the investment account exhibit A, and in the recapitulation account, exhibit D, and whenever else it may be necessary for the proper adjustment and balancing thereof; doth further adjudge and declare that the plaintiff *ès-qualité* assisted by the said *mis en cause* as curator to the said substitution, is entitled to the control and possession of the one-third portion of the residuary estate of the late Charles Adamson Low, bequeathed by his will to the late George Hamilton Low, and to all stocks, debentures, mortgages and other securities and moneys representing the same; doth adjudge and condemn the defendant personally and in her said quality to pay and deliver to the plaintiff *ès-qualité* the whole of the stocks, debentures, mortgages, other securities and moneys which she has in her possession belonging to the said minors, and representing the said one-third portion of said estate, including all the investments mentioned in said accounts as being actually in force, and amounting to $41,024.55, together with the said amount of cash on hand amounting to $1,001.58, and all further interest and revenues which may have accrued or become due on said sums since the closing of said accounts on the 7th of April, 1887; doth further condemn the defendant personally to pay over to plaintiff *ès-qualité* said sum of $17,914.11 representing the four sums handed to Hunter, together with interest on each of said several amounts from the respective

1889. Low & Gemley.

dates on which the last payment of interest appears from said accounts to have been paid; the whole with costs (including exhibits) against the said defendant personally, *distraits*, etc., but without costs against the said *mis en cause*."

Sept. 17, 18, 1889.]

H. Abbott, Q.C., and *N. W. Trenholme* for the appellant:—

As to the first question:—the rights of the respondent as tutrix;—it is evident from the terms of the will that no one of the children of G. H. Low is entitled to any part of the share bequeathed to him until the age of majority; while they are minors they have no rights under the will; consequently the respondent, as tutrix to the minors, cannot claim an estate which may never be theirs. The judgment of the Court below goes on the ground that the children are *grevés de substitution*. This is an error. The substitution created by the will was in their favor, if they should reach the age of majority; in favor of others if they should fail. Subject to this condition they were the substitutes (or *appelés*), their father was the institute (or *grevé*). There was no substitution beyond them, merely an alternative class of substitutes named should they fail. They were merely called to succeed upon the happening of a certain event. Until they become of age they are only named as one class of *appelés*; they have no right, only an expectancy; and until that event happens they do not succeed; they have no share in the estate, nor are they entitled to its possession or control.

The right of the respondent, as tutrix, to demand an account, or rectification of accounts, is a more delicate question. It is claimed by her to be her right as a conservatory act. But the appellant submits that this right is entirely dependent upon her right to the possession or control of the capital of the share. If she has not this latter right, why should she be allowed to exercise a virtual control by demanding accounts or their rectification? She has not a sufficient interest as tutrix to minors who

1889.

Low & Gemley.

may never succeed to the moneys of which she demands an account. The action belongs to them, when they become of age; it is unnecessary now, and premature, especially as prescription cannot run against them while in minority. If they reach the age of majority, and thus become entitled under the will to their father's share in the estate, it will then be time enough for them to bring such an action as this, should they desire to insist upon their aunt's liability for the defalcations of a trusted notary.

Again, as to the right of the executors to retain possession and control of the trust funds there can be little doubt. The intention of the testator is clear that they should hold and administer the estate as trustees, until each and every trust should be fulfilled. In the case of the share of G. H. Low it is the more evident from the fact that they are given a discretionary power, after his death, as to the allowance to his wife. How are they to exercise it if they have not possession and control of the securities constituting his share? In whom but them is the property to vest after his death and during the minority of his children? The meaning of the will has been interpreted, in the sense contended for, by George H. Low himself and the other legatees, in the clause of the deed of partition already recited; and the right of the executors to retain his share, thus recognized by him and since acted upon up to the institution of this suit, cannot now be called in question by his widow; and it is vain for her now to contend that the appellant as executrix is illegally in possession of her husband's share in the estate.

Since the present appeal has been taken, the eldest of the children has come of age, and been allowed to intervene in the suit. This should not alter the appellant's position as taken when the suit was brought. But should the Court hold that this child is entitled to any amount of her father's share now, the appellant desires to state that she has none of the objections against paying to her what is her due, that she has against giving any part of

1889.
Low
&
Gemley.

the estate into the control of the mother; for reasons which may be in part inferred from the terms of the will.

Upon the merits of the question as to the appellant's liability for the defalcations of Hunter, it is submitted that, the whole of the circumstances being considered, she is not liable. In the first place the fact that she was a lady, unversed in the technicalities of our hypothecary and registration systems, justified her in consulting and employing a professional man of high standing, who had not only enjoyed the confidence and esteem of her father, the testator, but of the community in general. Her choice was approved by her co-executor, and by the tutor and sub-tutor to the minors, both business men of standing; who acquiesced in the arrangement; and the latter of whom, Mr. Hugh McLennan, thoroughly trusted Hunter, and made large payments through him, by cheques to his order, just as Mrs. Lawford did.

She was acting gratuitously, and was under no obligation to have or exercise more knowledge or skill than the testator knew her to have when he selected her as his trustee. This principle is recognized both in England and France. In England Lord Blackburn has laid it down, in one of the latest and best considered cases, in the following language:

"I do not think that a person requested gratuitously "to accept a trust, involving in it incidentally the con- "version of investments into money, and the re-invest- "ment of the money, is under any obligation to have "more knowledge or skill as to the business of convert- "ing property into money, and investing money in stocks "and shares, than that which the testator knew him to "possess when he selected him as his trustee." (*Speight* "v. *Gaunt*, L. R. 9 App. Cases, at p. 17).

In France we find it in Demolombe (vol. 22, No. 109), who says:—"L'exécuteur testamentaire est, comme tout "mandataire, responsable, non-seulement du dol, mais "encore des fautes qu'il aurait pu commettre dans "l'accomplissement de sa charge" (art. 1992); and adds, citing the Cour de Cassation, "que cette charge étant

1889.

Low & Gemley.

" gratuite, sa responsabilité doit être appréciée moins " sévèrement que s'il recevait un salaire, et qu'il peut " même y avoir lieu de tenir compte aussi de l'aptitude, " plus ou moins grande, de celui dont le testateur a " sciemment fait choix."

Applying these principles to the present case, can it be supposed that Mr. C. A. Low expected his daughter, the appellant, necessarily unacquainted with such a special branch of business as investments in real estate, and the system of hypothecs and registration to secure them under our law, would be capable of acting as a check against the fraudulent devices, so easily practised, of the public notary in whose hands she must necessarily place herself in all matters wherein she could be defrauded? It may be urged that the testator, foreseeing possible results of her inexperience, named other persons to assist her. But as these resigned, it was not a fault on her part that others were not appointed in their place. On the contrary it was the duty of the legatees to protect themselves by obtaining others to act. Instead of doing so, they acquiesced in her managing the estate, knowing that she was assisted by Hunter in whom they had confidence.

Another principle of law also applies to this case, under which, it is contended, the appellant is freed from liability; namely that an executor, like the mandatary, is not liable for the acts of an agent whom he appoints in good faith, unless the agent is notoriously unfit. (C. C. 1711.) It is urged against this that this exemption from liability only exists where the mandatary is empowered to substitute; and that an executor has no power to delegate the execution of the will to others. (C. C. 913.) But this prohibited delegation is a general one; and the same article permits the executor to be represented by attorney for determinate acts. In this case, in each instance in which Hunter succeeded in robbing the estate, he was acting as attorney or agent of the executors for a determinate act; and for acts which naturally, and almost necessarily, would be performed by him as a notary. He

1889.
Low & Gemley.

was authorized to see to the execution and registration of the deeds, and the payment of the money to the proper person; and subsequently to collect the interest. The executors might have gone further, and could legally have empowered him to sign the deeds for them. If they could delegate the signing of the deed to him, of which there can be no doubt, why could they not delegate the smaller detail of seeing to its registration? The obtaining of the signature of the borrower was part of his duty as a notary. So long as the person empowered to do these determinate acts, was a fit and proper person, or even was not notoriously unfit, the executor, it is submitted, is no more responsible than the mandatary in like case.

On the other hand it is urged that the liabilities of the executor are different from, and not to be confounded with, those of the mandatary. The authorities in support of this proposition are taken from the writings of commentators upon the Code Napoléon which is essentially different from ours. (Cf. 1033, C. N.) How very special, and how widely different from ours, are the functions of executors under the French Code, and the old law, may be seen by reference to the fifth report of the Codifiers. (Vol. II., p. 187.) There is nothing in the Code Napoléon corresponding to our Article 921. Under the French system executors never have such powers conferred on them, or such extensive duties, as are conferred on the executors of Mr. C. A. Low's will. Where increased duties are thrown on a gratuitously acting executor, it is submitted that greater freedom should be given to the executor in employing others to assist in the management and conduct of the business, more especially where the person so acting is a woman without practical experience in such matters.

But even the commentators on the Code Napoléon recognize that the general principles of mandate apply to testamentary executors: So *Demolombe* (vol. 22). "L'exé-" cution testamentaire est évidemment un mandat: *la chose* " *parle d'elle-même*, dit Furgol " (No. 5). L'exécution tes-

1889.

Low & Gemley.

" tamentaire est, disons-nous, soumise aux règles géné-
" rales du mandat (No. 7). " Remarquons, enfin, que les
" obligations de l'exécuteur testamentaire doivent être
" aussi, en général réglés par les articles 1991 à 1996, qui
" règlent les obligations du mandataire." (No. 20). See, also, *Dalloz*, *Rép.* vol. 16, p. 1111. *Vo. Dispositions Testamentaires*, No. 4100.

The essential difference between the Code Napoléon and ours, as affecting this case, is that while the former does not empower the executors to delegate their functions in any way to others, our Code expressly permits it for determinate acts; thus putting the executor in the position of a mandatary, empowered to substitute under Article 1711 (C.N. 1994).

In England the principle contended for by appellant has been frequently recognized. The doctrine there followed is that an executor or trustee is not liable for the acts of an agent employed by him in good faith, in the usual course of dealing, where there is a "moral necessity " or sufficient practical reason, from the ordinary usage of " mankind or otherwise," for so employing an agent.

Speight v. *Gaunt*, L.R. 22 Ch. D. 727, and 9 App. Cases 17; *Ex parte Belchier*, Amb. 219; *Bacon* v. *Bacon*, 5 Vesey 331, and 7 Vesey 193; *Job* v. *Job*, L. R. 6 Ch. D. 562: *Mayer* v. *Murray*, 8 Ch. D. 424; *Jones* v. *Lewis*, 2 Vesey Sr. 240; *In re Bird*, L. R. 16 Eq. 203; *Davis* v. *Spaulding*, 1 Russ. & M. 66; *Re Brier*, *Brier* v. *Evison*, L. R. 26 Ch. D. 238.

The late Sir George Jessel, Master of the Rolls, in *Speight* v. *Gaunt*, said that the principle applicable to such cases was that a trustee ought to conduct the business of the trust in the same manner that an ordinary prudent man of business would conduct his own, and that beyond that there is no liability or obligation on the trustee; and this principle was accepted by Lindley, L.J., in the most recent case on the subject, though decided on a different point from that raised here. (*Whiteley* v. *Learoyd*, 55 L. J. Ch. 864.)

But it is said by the respondent, and held by the Court

1889.

Low & Gemley.

below, that the appellant did not act as an ordinary prudent business man would have done; but was guilty of gross negligence in handing over the money to Hunter, and failed to take such precautions as she was bound to take in the administration of the estate. It is submitted that the proof does not establish this, but the contrary.

It is shown by the evidence that Mrs. Lawford acted as it was the custom for ordinary prudent men of business to act in such matters. It is charged that she made the cheques to the order of Hunter instead of to that of the borrower. But it is proved that it is the custom of prudent business men to make the cheque payable to the order of the notary, who then deducts his fees, cost of registration, any charges on the property, and pays the balance to the borrower. There is a sort of "moral necessity," and certainly a "sufficient practical reason" for this practice, arising from the ordinary usage in such cases. She might have made the cheque payable to the borrower's order; but this would have been contrary to the ordinary usage, an extraordinary precaution which there was no obligation upon her to take. To say that she should have done this is to say that she was bound to take a precaution which it is proved business men of ordinary prudence do not take. But the fact that she did not do this was not the main cause of the loss; if Hunter had fulfilled his duty as a notary, and obtained the execution of the deed by the borrower, the fraud could not have been perpetrated. It was certainly not the appellant's duty to see to the signing of the deed by the other party. It has been said that she might have discovered the fraud by asking for a copy of the deed; but this is proved not to be the custom here; especially in the case of estates, where the notary always keeps the copies. Besides what protection would it have been to have asked for a copy? A notary who would suppress a deed, or pretend to execute one entirely fictitious, embezzle moneys entrusted to him, and commit the frauds that Hunter did, would not hesitate to give certified copies of non-existing deeds. By our law, notaries are constituted public officers for purposes

1889.

Low & Gemley.

of the drafting and custody of such deeds, &c. The appellant, whether she wished it or not, was compelled to confide the execution and custody of the original deeds to a notary. And no security whatever against the frauds committed by Hunter was possible by her obtaining possession of the titles, as in England, where people are not compelled to confide the original deeds to the custody of any officer corresponding to our notary. It is therefore absurd to charge appellant with negligence in not holding the securities, or getting them in exchange for her cheques

Again, it is charged against the appellant that she was negligent in not reading over the deeds before signing. Had she done so it would have been no protection to her, except perhaps in the cases of the Bouchard discharge, and the transfer of the taxes on the Phillips' property. And even in these cases many methods are conceivable by which an astute notary, like Hunter, could have still deceived and defrauded her. But the proof shows that it is the custom with ordinary prudent men of business to have the deeds read over to them by the notary, and to accept and sign them upon such reading.

The only protection to a person employing a notary, is the honesty and trustworthiness of the individual employed. The client may carefully read over the document submitted to him; but a dishonest notary can easily substitute another, or suppress the one signed; and when called upon can give a copy of the document signed by his client, though never in fact executed or signed by the other party.

These are the only charges of negligence that can be made against the appellant, and she submits they are not such as to make her liable for the loss suffered by the estate. She employed this notary for the same purposes, and trusted him to the same extent, as it is proved has always been the practice of ordinary prudent business men. She was deceived and cajoled by him, in the same way as the most prudent and careful men of business could have been, and are proved to have been deceived

1889.
Low & Gemley.

and cheated by this man. It would be holding her to a greater degree of care and diligence than is ordinarily exercised by prudent men in the conduct of their own business, to hold her liable under the circumstances. It must be remembered that this man who succeeded in defrauding the estate, was a notary, sworn under a solemn oath of office, and therefore one in whom it would be more natural to put trust; he was no mere ordinary agent or solicitor, but a public officer. And it was as such that he was employed; and it was under the cloak of his office that he practised his frauds. This was not a case of the handing over of the estate, or the functions of the executors, to a third person; as in *French & McGee*, (M. L. R., 2 Q. B. 59); and as the learned Judge below seems to have regarded it. It was simply the employing of a notary to do certain things, which are ordinarily entrusted to such officers by everybody having like business to do.

As to the fact that Hunter deceived the appellant, and committed the frauds charged, there can be no doubt. He admits it himself, but, claiming that his memory has become impaired through illness, states that he is unable to give the details of each transaction: and the proof does not, therefore, establish the exact method of fraud employed in each case; and the appellant, not being a competent witness, is unable to supply it. But there is enough in the evidence of Hunter, assisted by his letters, to show that he pursued a systematic method of swindling, by obtaining the signatures of his clients to deeds he never afterwards executed; by suppressing or changing deeds so signed; by misrepresenting the nature of documents presented for signature; and keeping his clients in the belief that everything had been regularly carried out, by paying interest regularly as it became due on the pretended investments. Against such manœuvres as these, who could protect himself, however experienced or careful? And yet it is for moneys embezzled from her by such devices that the appellant has been held responsible by the Court below. It is submitted that it never was the intention of the law to hold trustees to so strict a

liability for the fraudulent acts of others employed by them in good faith and the ordinary course of business. 1889. Low & Gemley.

E. Lafleur, for the respondent:—

The responsibility of executors for the acts of their agents or substitutes is established by article 913 of our code. The rule contained in this article is merely a reproduction of the doctrine of all the old authors, which forbids the executor to substitute a stranger in his stead in the execution of the will.

"Les exécuteurs ne peuvent pas en subdéléguer "d'autres à leur place." *Ricard*, Part. II., No. 64.

So strict is the rule established by the above article of our code that an executor remains liable for the acts of a co-executor whom he has appointed to act in his stead. *A fortiori* the executor's liability exists when he appoints a stranger.

The appellant contended that a testamentary executor was a mere mandatary, subject to all the provisions of law applicable to mandate, and that article 1711 of our code was applicable to the present case.

It was argued for the appellant that the employment of Hunter by the executrix was merely the case contemplated by Art. 913 C. C. of being represented by attorney for determinate acts; that as the executrix was empowered by law to employ an attorney for determinate acts, her case was that of the mandatary *empowered to substitute without designation of the person to be substituted*; and that she could not be held liable for the defalcation of Hunter unless he was a person notoriously unfit at the time of his appointment.

A very brief consideration will show that the appellant is entirely mistaken as to the applicability and scope of the portions of these articles which she quotes in support of her pretensions.

In the first place the employment of Hunter by the appellant was in no wise the case contemplated by Art. 913 of an executor being "represented by attorney for determinate acts." Hunter was employed by the appellant at a yearly salary to do the only work which de-

1889. Low & Gemley.

volved upon her, namely, the investment of the moneys of the estate, and how completely she allowed him to control the funds and securities, the evidence adduced in support of her plea amply shows.

This was as clear a case as could be imagined of a delegation of powers which our law so strictly prohibits in the case of executors.

Moreover, Article 1711 establishes the responsibility of the mandatary "for the person whom he substitutes *in* "*the execution of the mandate*, when he is not empowered "to do so"; which clearly refers to a general substitution such as Art. 913 expressly forbids in the case of executors, and not to the performance of isolated acts under power of attorney.

But even if Article 1711 could be interpreted in the sense claimed by the appellant, it would be utterly misleading to apply without qualification or restriction an article containing the rules of simple mandate to the very special kind of mandate of testamentary executors, especially when the responsibility of the latter forms the subject of a special article of the code.

Laurent (XIV., § 323 and 376) warns us against confounding a testamentary executor with an ordinary mandatary. It is indeed a kind of mandate, but one of so special and peculiar a nature that it would be unsafe to apply the articles of the code from one subject to the other. For example, the powers of the ordinary mandatary come to an end, while those of the executor begin, upon the death of the mandator. Again, an ordinary mandate is revocable at will, whereas this is evidently an impossibility in the case of the execution of wills.

There is, indeed, no necessity for going beyond the very clear provisions of Article 913, which expressly covers this case. The executors cannot delegate their duties to others than their co-executors, and even in that case they are answerable. Even if the defendant's pretension were correct, that Hunter was merely employed as an attorney for determinate acts, the executrix would still be obliged

to exercise a supervision over his acts, and would remain responsible therefor. *Demolombe*, Vol. 22, § 41.

It must be evident that although an executor is permitted to be represented by attorney for determinate acts, nothing will excuse him if he neglects all the most ordinary safeguards to insure the faithful performance of the duties so delegated, and needlessly entrusts large sums of money to an agent. When such gross neglect is established as in the present case, it seems superfluous to discuss this question at great length.

As to the contention of the appellant that she acted in accordance with the ordinary custom, even if the evidence adduced were sufficient to prove the prevalence of such a custom, it would simply show that many men of business are in the habit of investing their moneys in a slovenly and imprudent way. They are, of course, perfectly at liberty to deal with their own money, and to sign blindly any deeds which may affect their own interests, but it can never be seriously contended that such a course of action displays prudence or business capacity. See observations of Lord Watson in *Learoyd & Whitely* (58 L. T. 93).

Under our system of registration, nothing is easier than to verify the existence of a mortgage, and for any person who takes the trouble of reading what he signs and paying the proper person by cheque to order, there can be no difficulty in preventing such frauds as those which Hunter appears to have perpetrated.

It is impossible to suppose that our courts would consecrate an alleged custom, which nothing in the state of our law or in the conduct of business could necessitate or justify.

The appellant endeavoured in the court below to support her pretensions in this respect by a reference to cases decided in England, but a review of the leading cases there will show that under circumstances like those of the present case the trustee would undoubtedly be held liable.

Jenkins v. *Plomb*, 6 Mod. 93.

1889.

Low & Gemley.

This case establishes the general principle that if an executor appoints another to receive the money of his testator, and he receives it, it is the same thing as if the executor himself had actually received it; and, consequently, appointing another to receive who will not repay is a *devastavit*.

Pistor v. *Dubar*, 1 Anstr. 107.

The will directed that one Edward Pistor should carry on the business of the testator, to a given day, for the benefit of his estate, and the executors, from the confidence thus reposed by the testator in Pistor, permitted him to get into debt. The Court of Exchequer held that the executors must answer to the legatees for the moneys received by their agent.

Ghost v. *Waller*, 9 Beav. 497.

Trustees under a marriage covenant sold the trust property and placed the conveyance, with their receipt endorsed, in the hands of a solicitor, who received and misapplied the purchase price. The same court held them liable for a breach of trust,

Rowland v. *Witherden*, 3 Macn. and G. 568. In 1838 trustees sold some of the trust property and handed the proceeds to their solicitor for investment on mortgage. He used the money, but represented that he had made the investment, and paid to the *cestui que trust* as for interest received to 1847, when the trustees first discovered the fraud. Truro, L. C., in giving judgment against the trustees said: "As to the liability of the trustees, I enter- "tain no doubt. The short result of the case is, that the "trustees, instead of themselves seeing to the investment "of the trust fund, delegated that duty to their solicitor, "who misapplied the money."

Hanbury v. *Kirkland*, 6 Ch. (3 Sim.) 265. In this case, trustees were held "guilty of most culpable negligence," and liable for misappropriation by their co-trustee, to whom they had given authority to sell and re-invest, on the ground that they had trusted to the representation of the absconding trustee without giving personal attention to the matter.

1889.

Low & Gemley.

Bostock v. *Floyer*, L. R., 1 Eq. 26. The trustee, having trust funds paid in, handed them to his solicitor to invest. The solicitor was of good repute and large practice. He professed to invest the sum on a mortgage of certain copyholds of the manor of Beverly, and handed the trustee a bundle of papers which showed the investment complete, with the exception of the receipt of the tenant of the copyhold of the estate mortgaged, for the money advanced. The interest was paid for ten years to the *cestui que trust* through the solicitor apparently, but really by him, when he died. Sir J. Romilly, M.R., considered the case "too clear for argument" and condemned the trustee. "This is simply the case," he adds, "of a "person employing his servant to do an act, and the ser- "vant deceiving him, and so any loss occasioned must "fall on the employer, and not on the *cestui que trust*. Of "two innocent persons, therefore, one of whom must "suffer by the wrongful act of the solicitor, the loss must "fall on the trustee who employed him, and did not "take all the precautions he might have taken against "being deceived."

See also *Mathews & Brice*, 6 Beav. 239; and *Hapgood & Perkin*, L. R. 11 Eq. 74; *Sutton & Wilders*, L. R. 12 Eq. 373.

Speight & Gaunt (L. R. 9 H. L. & P. C. 1) is now the leading case on the subject, and is relied on by the appellant in support of the doctrine that a trustee is justified in paying money to an agent if he follows the usual and regular course of business adopted by ordinary prudent men.

A careful consideration of this very important case, however, will show that it is expressly distinguished from a case like the present one.

The material facts in this case were the following: A broker named Cooke was employed by a trustee to buy securities of municipal corporations authorized by the trust, and gave the trustee a bought note purporting to be subject to the rules of the London Stock Exchange. Cooke obtained the purchase money from the trustee upon the representation that it was payable the next day,

1889.

Low & Gemley.

which was the next account day on the London Exchange. The broker never procured the securities, but appropriated the money to his own use, and finally became insolvent. Some of the securities were procurable only from the corporations direct, and were not bought and sold in the market, and there was evidence that the form of the bought note would have suggested to some experts that the loans were to be direct to the corporations; but (as the House of Lords held on the facts) there was nothing calculated to excite suspicion in the mind of the trustee or of an ordinary prudent man of business; and such payment to a broker was in accordance with the usual course of business in purchases on the London Exchange.

It was held, on these facts, that the trustee was not liable.

The distinction between the case of the present executrix, who was made aware, both verbally and by deeds submitted to her, of the names of the intending borrowers, and that of the trustee in *Speight & Gaunt*, where the investor could not, in the ordinary course of business, come in direct contact with the borrower, but had to employ a broker to purchase on the open market, and consequently was obliged to make the payment not to the borrower, but to the broker, is very sharply drawn by the Earl of Selborne, L. C., who rendered the judgment of the court. "Upon this point," he says, "I must first ob- "serve that the case appears to me to be different from "what it would have been if Cooke had entered into con- "tracts with the several corporations for direct loans to "them by the respondent, and had reported to the re- "spondent that he had done so. The agency of a broker, "as such, is not required to enter into a contract of that "kind; and if the agency of a person who happens to be "a broker is, in fact, employed to do so, I do not perceive "why the consequences should be different from what "they would be if a solicitor or any other person had "been employed. The transactions could not be gov- "erned by the rules or usage of the London or any other

"exchange. There would be no moral necessity, or "sufficient practical reason, from the usage of mankind "or otherwise, for payment of the money to the agent; "there would be no difficulty or impediment arising "from the usual course of such business, in the way of "its passing direct from the lender to the borrower, in "exchange for the securities; and if it should be found "convenient to send it by the hand of a broker, or any "other messenger or agent, this might be done by a "cheque payable to the borrower or his order, and "crossed as is usual in direct dealing between vendor "and purchaser, debtor and creditor, when payments of "considerable amounts have to be made. I think it right "not to withhold the expression of opinion, that such a "case would fall within the principle of *Rowland & "Witherden* (*sup. cit.*) and *Floyer & Bostock* (*sup. cit.*) rather "than that of *Ex parte Belchier* (Auch. 218)."

Lord Fitzgerald, who concurred in the judgment with great hesitation, thought that the trustee should have questioned his broker more closely, and ascertained from whom he had bought. The trustee might thus have drawn the cheques in favour of the corporations, and the loss might thus have been avoided. Lord Fitzgerald also considered that the trustee had neglected his duty in not making due enquiry after the trust fund or the supposed securities in which it was to be invested, in the interval between the 24th of February, when the fund was parted with, and the 28th of March, when Cooke's insolvency became public and notorious. In allowing himself to be satisfied with the statement of Cooke, "that he could not "tell when the securities would be there, they took some "time to make out," the trustee was not exercising that care which a prudent and reasonable man ought to have exercised if the money had been his own. In the case now under consideration, Mrs. Lawford parted with $10,000 in February, and, although receiving no interest on this supposed investment, never took the trouble to ascertain its existence until Hunter's departure in August opened her eyes.

1889.
Low & Gemley.

Learoyd v. *Whitely* (58 L.T.N.S. 93), which was still more recently decided by the House of Lords, clearly establishes the doctrine that while trustees may rely upon the advice of skilled persons, this reliance must not go beyond the particular scope of their advisers, and the trustees must use their own judgment in using the information thus obtained.

If we apply this principle to the case now under discussion, it will be clear that while Mrs. Lawford might very properly have relied on Hunter's knowledge as to the advisability of certain investments, nothing could justify her in blindly accepting his statements concerning matters of fact which any one could verify.

It will appear from the foregoing citations that the English doctrine on the subject is scarcely to be distinguished from the French law as laid down in the above quoted passage from Demolombe, and that even in cases where a trustee is entitled to employ agents, he is still held to the exercise of a careful supervision.

The leading American case of *McCloskey & Gleason* (48 Am. Rep. 770) may also be referred to as laying down the same doctrine.

It may be worth while to refer to a minor point which the appellant endeavored to make in the court below, namely that the responsibility must be measured by the aptitude of the executor as it is presumed to have been known to the testator, and a dictum of Lord Blackburn in *Speight & Gaunt* was quoted in support of this proposition. It is contended that the late C. A. Low never could expect his daughter to be thoroughly acquainted with such a special branch of business as mortgages, registration of deeds and investments, and that in consequence her responsibility was limited.

This is clearly a misapplication of the doctrine so clearly laid down by Lord Blackburn in that case and by Lord Halsbury in *Learoyd* v. *Whitely*, as to the limits within which trustees may rely on the superior knowledge of skilled persons. No one would contend that Mrs. Lawford should have known as much about invest-

ments as a real estate agent, or about deeds and their execution as a practising notary, but what the respondent claims is that ordinary prudence and judgment should have been exercised in dealing with the information furnished by Hunter, and simple and ordinary precautions should have been employed to prevent the possibility of loss. "I do not think it is true," adds the Lord Chancellor in the last mentioned case, "to say that one is entitled "to consider the special qualities or degree of intelligence "of the particular trustees. Persons who accept that "office must be supposed to accept it with the respon- "sibility, at all events, for the possession of ordinary care "and prudence."

When by the death or resignation of her four co-executors, Mrs. Lawford found herself alone, it was her duty to make up her mind whether she was competent for the task before assuming it.

Geoffrion, Q.C., in reply.

Bossé, J., for the Court:—

La présente action a été portée par l'intimée en sa qualité de tutrice à ses quatre enfants mineurs issus de son mariage avec feu George H. Low, et est dirigée contre l'appelante en sa qualité d'exécutrice et administratrice du testament de feu Charles Adamson Low. Elle est en réformation du compte rendu par l'appelante, et demande le paiement dè la part des enfants de la demanderesse dans la succession de leur grand père.

Le jugement a maintenu l'action, ordonné la rectification du compte et le paiement de la part des enfants de George H. Low.

De là le présent appel.

Les faits sont les suivants:—

Le 30 octobre 1868, Charles Adamson Low fit son testament dans lequel après diverses dispositions en faveur de sa femme et quelques legs particuliers, il déclare:—"As to "the rest and residue of my property, I give, devise, and "bequeath the same to my executors hereinafter named, "and to the survivor and survivors of them upon trust

1869.
Low & Gemley.

"as soon as conveniently may be after my decease "to sell and dispose of the same, and to divide and trans- "fer the proceeds thereof in equal shares among and to "my children respectively, and in case of any one or "more of my said children dying before me, it is my will, "and I hereby direct that such child or children so dying "before me shall be represented, for his or her or their "share, by his or her or their respective lawful issue, and "in default of issue by his or her or their respective law- "ful heirs.

"As to the share and interest in my estate hereby be- "queathed to my son George H. Low, it is my will and "desire, and it is given on the express condition, that "no part of it do enter into any community of property "(if any) which may subsist between him and his wife, "and in the event of his dying without leaving any law- "ful issue, him surviving, it shall revert to his lawful "heirs; and should his wife survive him, it is my will "and desire that she should be allowed by my executors "a suitable provision in their discretion as they may "judge reasonable, out of my said son George's share, for "her maintenance so long as she remains his widow, "taking however into consideration and having a due "regard to what may have accrued to her by his decease "by virtue of community rights (if any), or what other "benefit (if any) she may have derived from his estate. "Should he leave lawful issue such issue shall inherit his "share after having deducted such provision for his "widow, but in case they should all die before attaining "the age of majority, without leaving lawful issue, then "the said share shall (subject to such provision for his "widow) revert to his heirs nearest of kin to my said son "George H. Low.

"And for the execution of this my last will and testa- "ment I hereby nominate and appoint Robert Hamilton, "of Quebec; Richard W. Heneker, of Sherbrooke; Lindsay "B. Lawford of Sherbrooke; my said daughter Anne Shaw "Low, widow of the said late Frederick Lawford, and my "said son George H. Low, to be the executors of this my

1889.

Low & Gamley.

" last will and testament, and trustees for the due execution " thereof, in whose favor I hereby divest myself of all my " estate and property of whatsoever nature or kind for " the trusts and purposes aforesaid, willing and intend- " ing and hereby expressly declaring that their functions " shall be continued beyond the year and a day limited " by law, and until the due execution of all and every " the directions, provisions and bequests hereinbefore " contained, hereby giving and granting to my said execu- " tors (if need be) power to sell and dispose of real estate " and immovable property, bank and other stocks and all " and every other kind of securities, right and estate, " which I may die seized, possessed of or entitled to, to " grant titles and give discharges for the same and to " realize the proceeds thereof."

Le testateur a laissé trois enfants dont un, George H. Low, est le père des enfants pour lesquels la présente action est instituée.

Sauf la défenderesse tous les exécuteurs administrateurs ont refusé d'accepter la charge, ou sont décédés longtemps avant l'institution de l'action.

Le 6 février 1869, James Nelson a été nommé curateur à la substitution créée par le testament pour la part de George H. Low.

Le 2 septembre 1874, George H. Low est mort, laissant quatre enfants mineurs, auxquels la demanderesse ès qualité a été nommée tutrice le 29 septembre 1884, et en cette qualité elle a reçu de la défenderesse un compte de son administration de la succession de feu Charles Adamson Low.

La succession y est débitée de divers placements et entre autres des sommes suivantes:—

Prêt à Emma Rousselle	$2,916.81
" Mde. John Clarke	1,000.00
" Mde. Joseph Bouchard	3,000.00
" Succession Philips	10,997.30
	$17,914.11

C'est de ces quatre items du compte dont l'action de-

1889.

Low & Gemley.

mande la réformation pour la raison que les sommes y portées n'auraient pas été placées tel qu'indiqué, qu'il n'existe en fait aucun placement de cette nature, et que ces sommes ont été perdues pour la succession par la négligence grossière et mauvaise administration de la défenderesse. L'action conclut de plus à ce qu'il soit déclaré que la tutrice demanderesse, assistée du curateur à la substitution créée pour le tiers appartenant à George H. Low, a droit à la possession et administration de ce tiers, et que la défenderesse soit condamnée à le leur remettre, y compris le tiers des $17,914.11, ci-haut mentionnées.

Le premier plaidoyer à cette action est une défense en droit par laquelle la défenderesse prétend que les enfants mineurs, grevés de substitution s'ils décèdent avant leur majorité, n'ont pas droit à la possession de leur part qui doit rester entre les mains des administrateurs jusqu'à l'accomplissement de toutes les dispositions du testament.

Cette défense en droit a été renvoyée par la Cour Supérieure ; je crois ce jugement bien fondé et conforme aux dispositions citées du testament quant aux enfants encore en minorité,—encore partant grevés de substitution ; mais durant le procès l'ainée des enfants est devenue majeure, et a repris en son propre nom l'instance commencée pour elle par sa tutrice. Aux termes du testament elle ne se trouve plus grevée de substitution, mais bien propriétaire incommutable de sa part, et ayant en conséquence droit à la possession de cette part. Son droit n'est, il est vrai, devenu ouvert que depuis la date de l'institution de l'action, mais la défenderesse a déclaré dans son factum page 11, qu'elle n'a pas d'objection à lui remettre cette part et il n'y a plus lieu à litige sur ce point.

Quant aux autres enfants encore mineurs ils n'ont pas, il est vrai, droit à la possession. S'ils meurent en minorité la substitution quant à leurs parts respectives prend son effet ; mais ils ont droit de faire déclarer incorrects les comptes qui leur ont été rendus, et de faire déclarer dès maintenant que le montant qui doit leur revenir à leur majorité ne sera pas diminué de leur tiers dans ces $17,914.11.

1889.

Low & Gemley.

C'est une mesure conservatoire qui appartient à tout grevé de substitution.

Quant au plaidoyer d'exception produit par la défenderesse il soulève la véritable question du présent litige; il y est dit en substance que dans le cours de son administration la défenderesse a employé comme son notaire, Jas. S. Hunter, auquel elle a, dans le cours ordinaire des affaires, remis les diverses sommes portées aux items attaqués, que Hunter s'est approprié ces argents, et que s'ils sont perdus, c'est sans la faute de la défenderesse qui a apporté à son administration tous les soins, l'attention et la prudence d'un bon père de famille; qu'elle n'est pas tenue au délà, et qu'elle n'est pas partant responsable de la perte résultant des défalcations de Hunter.

C'est sur ces plaidoyers que l'enquête a été faite et que par le jugement de la Cour Supérieure la défenderesse a été déclarée responsable et le compte réformé en y portant au débit les $17,914.11 prises par Hunter.

Hunter est maintenant aux Etats-Unis. Il y a été entendu comme témoin et raconte comment il a pu tromper la défenderesse. De son témoignage, et du reste de la preuve faite dans la cause, il résulte que lors du prétendu prêt à Rousselle, Hunter avait proposé à Mde. Lawford de faire ce placement, qu'elle y avait consenti sur les représentations de Hunter que le placement était avantageux; que Hunter lui avait présenté et fait signer ce qu'il lui disait être un projet d'acte d'obligation non signé par le débiteur, et que sur ce l'appelante lui avait remis son chèque à l'ordre de lui Hunter pour le montant de ce prétendu acte d'obligation. L'acte n'a jamais été signé par le débiteur, nous ne savons même pas si Hunter l'a jamais vu ensuite, mais il a encaissé et gardé pour lui le montant du chèque qu'il avait reçu.

La transaction Bouchard est différente. Bouchard devait en réalité à l'appelante en sa qualité d'administratrice une somme de $3,000.00, et le terme de paiement étant devenu échu, Hunter rappela ce fait à la défenderesse, lui représenta que le placement était avantageux, qu'il était désirable de le continuer, mais que pour cela il était néces-

1889.
Low
&
Gemley.

saire d'en passer un acte avec Bouchard. En effet il lui présenta un prétendu acte de continuation de l'hypothèque que Mde. Lawford signa sans lire. L'acte était une quittance pour le montant dû, et, muni de ce document, Hunter reçut le montant de Bouchard et le garda. Cependant l'hypothèque a été radiée au moyen la quittance ainsi signée par la défenderesse.

L'affaire Clarke est une obligation signée par la défenderesse et pour le montant de laquelle elle a donné son chèque à Hunter dans les mêmes circonstances et avec le même résultat qu'elle l'avait fait pour l'affaire Rousselle.

Quant à l'affaire Philips elle se présente sous des circonstances un peu différentes.

Hunter avait représenté à l'appelante qu'il pouvait avec avantage placer pour elle $20,000.00, en obtenant une subrogation pour autant dû par la succession Philips par privilége et hypothèque sur des immeubles dont la valeur assurait le placement. Il fit signer par Mde. Lawford un projet d'acte de subrogation, et reçut d'elle encore un chèque pour le montant entier. L'acte ainsi signé contenait, il est vrai, une subrogation, mais pour $9,002.70, au lieu de $20,000.00, et cette fois encore Hunter encaissa les $20,000.00, en paya $9,002.70, mais garda la balance de $10,997.30.

Il est établi que Hunter était un ancien ami de la famille Low, qu'il avait à Montréal une clientèle des plus étendues, et que jusqu'à sa fuite aux Etats-Unis, il jouissait d'une grande réputation de probité, et possédait la confiance et l'estime de tous.

La preuve nous montre aussi, que c'est de la part des prêteurs une coutume de donner au notaire instrumentant un chèque à son ordre pour le montant de l'hypothèque à être constituée, et que dans les circonstances la défenderesse seule administratrice et devant nécessairement se confier à quelqu'un : et enfin qu'en donnant ses chèques à l'ordre du notaire, elle n'avait fait que ce que la plupart des gens font dans l'administration de leurs affaires.

De ce qui précéde résulte-t-il responsabilité ?

L'on comprend que les règles établies pour les pouvoirs

1889

Low & Gemley.

et la responsabilité des exécuteurs testamentaires ne peuvent être appliquées aux administrateurs ou fidéi-commissaires qu'avec des modifications considérables.

Les règles spéciales du mandat, quoique analogues, ne sont pas non plus applicables dans leur intégrité. Toutes deux peuvent cependant être utiles dans l'appréciation de l'étendue de la responsabilité de la défenderesse.

Demolombe nous dit, (vol. xxii, p. 41):—" L'exécution " testamentaire est un témoignage de confiance person- " nelle, et l'exécuteur ne peut pas se substituer, se sub- " déléguer, disait Ricard (Part. II. No. 92) une autre per- " sonne, à moins que le testateur ne l'y ait autorisé (comp. " art. 1032, 1994). Il n'en faut pas toutefois conclure que " l'exécuteur soit tenu d'agir en personne, sans pouvoir " se faire aider par un mandataire, ce qui serait une ex- " agération. Il peut donc, en effet, accomplir, par un " fondé de procuration, les devoirs qui lui sont imposés " par le testament ; il n'y a là qu'une simple délégation " d'action *qui implique toujours la surveillance et la direction* " *de l'exécuteur lui-même, et qui n'affaiblit nullement sa res-* " *ponsabilité.*"

A plus forte raison la défenderesse a-t-elle dû, avec les pouvoirs presque illimités que lui conférait le testament, se substituer, se subdéléguer une ou plusieurs autres personnes. Elle en a choisi une en qui elle avait confiance, en qui tout le public avait confiance, et elle lui a communiqué ses pouvoirs.

Elle nous dit qu'en s'en rapportant à Hunter tant sur le contenu des actes qu'il lui présentait, et qu'elle signait sans les lire, que pour le paiement aux emprunteurs des sommes qu'elle lui remettait par des chèques à son ordre, sans plus jamais ensuite s'enquérir de ce que Hunter avait ou n'avait pas fait de ces argents, elle n'a fait que ce que d'autres font. C'est possible, et de fait il est vrai que cet usage existe ; mais de ce que d'ordinaire les gens sont peu soigneux de leurs intérêts, et que, soit en raison d'une confiance aveugle, soit par négligence ou indolence naturelle, ils aiment mieux risquer de perdre leur argent que de se donner le travail de la surveillance requise par

1889. Low & Gemley.

la prudence la plus ordinaire, il ne résulte pas que celui qui administre le bien d'autrui soit en droit de risquer pour les mêmes raisons la perte du bien qu'il administre. L'usage invoqué est un usage abusif, et le bon administrateur ne peut le suivre.

L'emploi de Hunter était une délégation de pouvoirs pour payer l'argent. C'était aussi la remise d'argent à un notaire pour payer cet argent contre valeur reçue, sans même s'enquérir si les actes étaient signés par l'autre partie, et si en réalité il y avait cette valeur reçue. C'était encore la signature de projets d'acte sans les lire, ni savoir ce qu'ils contenaient autrement que par la parole du notaire, et la remise de l'argent au notaire sur cette simple assurance de sa part.

Enfin outre l'emploi du notaire pour la passation de l'acte qu'il devait recevoir comme notaire, il y avait l'emploi d'un préposé volontairement choisi, le pouvoir de lui donner des instructions et des ordres sur la manière d'accomplir la mission qui lui était confiée.

2o. Sourdat, responsabilité, p. 187, dit que dans ces cas si vous avez pu le contrôler vous êtes responsable, et *vide* p. 193, *et seq.* où il établit que la raison de décider qu'il n'y a pas responsabilité résultant du fait de l'officier ministériel, est l'impossibilité de la surveillance.

Vide Sirey & Gilbert sur Art. 1384, Nos. 178, 180, 181 et 212.

Notre article 1054 est le même, et il y a parité de raison pour l'application de cette opinion :—Sirey, 68–2–315, *Secher & Gabori;* Sirey, 74–2–41, *Petit & Levaillant;* Sirey, 45–2–551.

Harold & Corporation de Montréal, 3 L.C.L.J., p. 88, n'est que l'application du principe que lorsque le commettant a gardé le contrôle ou la surveillance de l'acte à faire,il est responsable, pour la raison que la chose a dû être faite en exécution de ses ordres, ou pour le moins parcequ'il ne l'a pas dirigée quand il aurait pu et dû le faire.

Et tout ceci s'applique à la présente cause dans les circonstances que nous avons vues.

Mais si l'on y ajoute que non seulement la défenderesse

après avoir librement fait le choix de Hunter comme son commettant, avec le pouvoir et le devoir de lui donner des instructions et de voir à ce que ces instructions fussent suivies, et ne l'ayant pas fait, et le croyant sur parole l'a laissé agir à sa guise sans contrôle ni surveillance aucune, mais encore (témoignage de Hunter, page 10), a partagé avec lui les $150.00, de salaire annuel qu'elle lui payait pour agir comme agent de la succession, et qu'elle a fait son profit d'autant, nous sommes forcés d'admettre une négligence tellement grossière des intérêts qui lui étaient confiés, qu'elle invitait la fraude commise. C'était une connivence ou une demi-complicité légale avec le défalcataire, et la responsabilité de la perte en devient une conséquence nécessaire.

Je ne puis qu'exprimer mon regret de la position faite à Mde. Lawford, mais nous ne pouvons faire supporter par les enfants la perte qui résulte d'une négligence que l'on ne peut tenter d'excuser que par l'allégation de l'inconscience résultant d'une confiance tellement aveugle qu'elle en devient coupable. Et nous devons de plus considérer que si, dans les circonstances de cette cause, nous déclarons qu'il n'y a pas responsabilité, et que l'administrateur peut sans les lire signer les actes les plus importants, donner des quittances sans savoir qu'il le fait, signer des chèques pour des sommes doubles de ce que sont les actes sans autrement s'enquérir de leur contenu que par la parole de celui qui reçoit l'argent, et ne plus ensuite s'inquiéter de ce qu'est devenu l'argent de la succession, il n'y aurait plus jamais de responsabilité possible, et vaudrait autant renoncer de suite à l'administration des successions.

Judgment confirmed.

Abbotts, Campbell & Meredith, attorneys for appellant.
Lafleur & Rielle, attorneys for respondent.

(J.K.)

January 23, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, JJ.

THE EASTERN TOWNSHIPS BANK,
(*Plaintiffs in Court below*),
APPELLANTS;

AND

JULIUS W. BISHOP ET AL.,
(*Defendants in Court below*),
RESPONDENTS.

Fraud and simulation—Private writing—Registration.

HELD:—1. That an onerous deed of conveyance of real estate followed by possession, will not be set aside at the suit of a chirographary creditor as fraudulent and simulated, where the transferor was perfectly solvent at the time the deed was made, though his circumstances became embarrassed before the same was registered four years subsequently.

2. That the date of the deed, which was *sous seing privé*, might be established against a third party by legal proof, and was so proved in the present case.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, district of St. Francis (BROOKS, J.), March 31, 1887.

The following was the judgment of the Court below:—

"The Court, etc.....

"Considering that plaintiffs have failed to prove the material allegations of their declaration, and particularly that the deed of sale mentioned by them in their declaration between the defendants, purporting to bear date, and to have been executed on the 23rd of December, 1880, and registered on the 19th of February, 1885, was fraudulent or simulated, or was made with intent to defraud plaintiff;

"And considering that it is proved that said deed was actually made and signed on the day the same bears date, and that it was not ante-dated, and that one of the subscribing parties thereto, to wit: Rebecca H. Jenkerson, died on the 12th of June, 1883; that said Paul Wilson

Bishop is not shewn to have been, either at the date said deed was in fact executed, nor at the date of the decease of his wife, in embarrassed circumstances, but was in good credit, and competent to make said deed; that the same was followed by tradition and delivery, was not secret, or attempted to be kept secret, but was followed by open and public possession; that it was made in good faith, and not with intent to defraud plaintiffs, and is not shown to have been made in contravention of the provisions of Section 6. of title 3rd of the Civil Code; that defendant, Julius W. Bishop, is not shown to have had any knowledge of any indebtedness to plaintiffs by defendant Paul W. Bishop; that plaintiffs have not shown any legal right or interest in seeking to set aside said deed; that, although said deed was not enregistered until the 19th of February, 1885, it cannot, by reason of anything alleged in plaintiffs' declaration, be declared of no effect as against plaintiffs, who have shewn no real rights upon the realty conveyed by said deed, but only became chirographic creditors of defendant, Paul W. Bishop, and so became after the delivery of the possession of the realty mentioned in the deed from defendant, Paul W. Bishop to Julius W. Bishop; that plaintiffs have not in any event any interest and rights with regard to said realty, except as they could urge the same against defendant, Paul W. Bishop, who parted when solvent and competent to do so, by onerous deed, with all his rights of property therein, and the plaintiffs cannot by reason of anything alleged or proved by them, be entitled to the conclusions of the declaration; doth in consequence dismiss plaintiffs' action with costs, distraits, etc."

A similar judgment was rendered in the case of the Bank against the other son Dardanus H. Bishop, which was similar. The two appeals were heard together, and disposed of by the same decision.

Nov. 23, 1888.]

W. White, Q. C., for the appellants :—

The present appeal is from a judgment rendered in

1889.
E. T. Bank
&
Bishop.

one of two causes, which are almost similar in every respect.

On the 19th February, 1885, two deeds of sale were registered in the registry office for the county of Wolfe, by means of which the defendant, Paul W. Bishop, divided his farm into two portions, conveying one portion to his son, Julius W. Bishop, and by the other deed another portion to his son, Dardanus H. Bishop.

The actions are taken to set aside these two deeds, as being fraudulent and simulated, and as having been registered with intent to defraud the plaintiffs, who are creditors of Paul W. Bishop.

One of the suits is against the father, Paul W. Bishop, and his son, Julius W. Bishop:—the second is against the father and the other son, Dardanus H. Bishop. The declaration and pleadings in each case are identical; and the evidence is similar, except, that in the case against Dardanus H. Bishop, he has made use of his brother Julius, as a witness.

At the date mentioned, February 19th, 1885, the defendant, Paul W. Bishop, the vendor in both deeds, was *en état de déconfiture*. He had suspended payment for some time previously, and was sued in four different cases in the Superior Court for sums of between $200 and $400, in each case.

The land in question, is a valuable farm property in the Township of Dudswell. The father, Paul W. Bishop, a man about 60 years of age, was born upon it, has lived on it all his life, and is there still. He was always looked upon as one of the prominent and leading men in the township, enjoyed good credit, and reported to be, if not wealthy, possessed of abundant means. The records of the county Registry office up to February 19th, 1885, showed him to be the owner of the property.

The first suit instituted against him, appeared to be on the 4th February, 1885, by the plaintiffs.

The deeds in question were sworn to and registered on the 19th of that month; and of course, by the time judgments could be obtained, the two sons, Julius and

Dardanus, appeared as the registered owners of the property.

After all other property had been discussed, the present suits were taken to set these deeds aside.

The deeds are *private writings*, bearing date December 23rd, 1880, and the answer to the action is that they were really executed at that date, and that they have a positive date against all third parties as far back, at least as 1883, inasmuch as they are signed by the late Mrs. P. W. Bishop, who intervened in them, and renounced her dower.

The plaintiffs admit that the deeds were *written* and *signed* by the family in December, 1880.

With this admission the defendants argue that the property was in reality transferred, and became vested at that date in the two sons, and that the only question to be determined is, as to the legal effect of non-enregistration until February 19th, 1885. They urge that the plaintiffs were not creditors in December, 1880, and have no right to attack what was then done. They contend that the only penalty of non-registration would be to give priority to other rights, which in the meantime might be registered, and that as plaintiffs have no registered claim they are without interest or right of action.

The appellants attack these deeds as simulated, and contend that their production, publication and registration in February, 1885, is in bad faith, a fraud upon the creditors of P. W. Bishop; and they treat the want of registration for upwards of four years, and the concealment of these deeds by the family for that length of time, as one of the circumstances tending to establish the fraud.

The making of the deeds in 1880 was not followed by any possession which can sustain the idea of their being genuine.

The defendants made a strenuous effort at *enquête* to show change of possession after 1880, by producing the Secretary-Treasurer of the Municipality, with the valuation rolls. From these it appeared that the names of father and sons were all on the roll, as proprietors. The

1889.
E. T. Bank & Bishop.

Secretary and valuators, examined as witnesses, and endeavoring to account for the presence of the father's name, said it was a common thing to put a man's name on, in order to qualify him as a voter, without his being actually proprietor; in other words, it was a common thing to perpetrate a fraud on the electorate of the county, and that these parties had done so in putting the father's name on, after 1880.

That the defendants were in bad faith in offering this evidence, is made apparent by the plaintiffs producing in rebuttal, certified extracts from the valuation rolls in force prior to 1880, by which it appeared that the family had indulged in the same sharp practices long before the date of the deeds in question.

It would appear that these deeds never would have been registered, but for the fact that suits were being served upon the father, which endangered the property standing in his name.

If this kind of family dealing with property is sanctioned by law, there is no safety for Banks, or any one else in extending credit to individuals upon the faith of what is disclosed by the combined appearance of registry office records and physical possession. Both are alike deceptive, and may in this manner be used with impunity for purposes of fraud, as in this case.

These private deeds remain for four years in the secret hiding places of the family. If the sons get into commercial difficulties, the property is the father's. If it is the father who increases his liabilities beyond control, then at the latest moment, when extrication from his embarrassments becomes impossible, the deeds are sworn to and enregistered, and the property is the sons'.

H. B. Brown, Q. C., for respondents :—

The sales were followed by public possession. Every one at all acquainted with the Bishops or the locality, knew of the change of ownership.

One of the sons kept the old house, and the other built a new house on his part of the farm.

There is not a shred of evidence to support the allegations of fraud and simulation.

Neither of the conditions of the action *Paulienne* is present in this case.

There was no design or intention of defrauding creditors, nor was any creditor injured or defrauded.

There is no evidence and no allegation even that P. W. Bishop was insolvent when the deed was made or when his wife died.

CROSS, J. (for the Court):—

The present is an action brought by the Eastern Townships Bank to set aside a deed made by Paul W. Bishop, the father, to his son, Julius W. Bishop, who are of course made defendants in the suit, which action has been dismissed by the Superior Court, whose judgment is now brought in question by the present appeal.

The appellants by their declaration complain that on the 19th of February, 1885, being creditors of Paul W. Bishop on two promissory notes to the extent of $700, one for $400 bearing date the 18th October, 1884, and another for $300 of date the 17th November, 1884, and the respondent Paul W. Bishop being then (the 19th February, 1885), owner of a valuable farm, he, with intent to secrete his property, made a deed of conveyance thereof to his son, the other respondent, Julius W. Bishop; that the deed purported to be made and was made on the 23rd December, 1880, but was only authenticated and registered on the 19th February, 1885, at which date the said Paul W. Bishop had become insolvent; that said deed was fraudulent and simulated, and made between father and son with a view to defraud the appellants, creditors of the said Paul W. Bishop; wherefore the appellants concluded for the setting aside of said deed.

The respondents pleaded, first, by a denial of all the plaintiffs' allegations. Further, that the farm in question was really sold by Paul W. Bishop, the father, to his son, Julius W. Bishop, on the 23rd December, 1880; that the contract was an onerous one and was immediately fol-

1889.
E. T. Bank & Bishop.

lowed by public possession of Julius W. Bishop; and, moreover, although executed *sous seing privé*, or before witnesses, had nevertheless acquired an authentic date by the signature of the wife of Paul W. Bishop, a party to the deed, who had died on the 12th June, 1883, long before the debt had been incurred in favor of appellants; that the sale was made in good faith at a time when Julius W. Bishop was perfectly solvent; that the failure to register the deed was through ignorance and neglect, and an objection on this ground was not available in favor of a chirography creditor.

The deed was produced, bearing date as alleged in the plea, attested by two witnesses, both of whom have been examined as witnesses and swear to its execution at the time it bears date, signed also by Mrs. P. Bishop, then living, with proof of her death on the 12th June, 1883, as to the effect of which see C.C. Art. 1225. Julius signed with his right hand, which he lost next year by a thrashing mill. The deed to Julius was of half the farm owned by the father, the other half being at the same time deeded to his other son, Dardanus H. Bishop, each being subject to a rent of $75 annually to Paul W. Bishop, a kind of family arrangement not unusual in the country, and quite natural to be claimed by sons then of the respective ages of 29 and 31 years, when they might be expected to look out for separate establishments for themselves. It is shown that Paul W. Bishop was at the time solvent and in comfortable circumstances. In January, 1880, he sold a property to one McKeon for $3,000, half cash, the other half paid within two years. He had money to lend, and it is also shown that he had no difficulties until recent years, when he became mixed up with some unfortunate transactions in bark, out of which grew the liability in favor of the bank, on which they base their present demand, a liability clearly established, and which would give them recourse if Paul W. Bishop had fraudulently alienated his property to their prejudice. We do not, however, find that there is any proof of either fraud or simulation in the deed impugned.

After its execution Julius W. Bishop built himself a residence on the property; his name was entered on the assessment roll as an owner; he was reputed and well known as an owner; save as not being registered, no secret was made of the existence of the deed. True there was an irregularity in the assessment roll, the names of the father and the two sons appearing jointly as owners, but at all events Julius was publicly held out as owner. There was a circumstance of Paul W. Bishop effecting an insurance in his own name. This, I think, was on the homestead, but this of itself was not sufficient to destroy the general repute of Julius being owner.

The merits of the case being thus disposed of, a further question has been raised as to the registration. It has been contended that the deed should be set aside for defect of registration within thirty days of the alleged bankruptcy of Paul W. Bishop, under Art. 2090, C.C., which declares without effect a registration effected within that time. But turning to Art. 17, C.C., §23, for the definition of bankruptcy, we find that it is the condition of a trader who has discontinued his payments; so that to be brought within this description Paul W. Bishop would require to be proved a trader and to have discontinued his payments. I think there is no such pretension precisely raised in this case, but the question does not come up here. The action is to set aside the deed, not the registration. If the registration is without effect, it may be contended that it is without effect as against a subsequent title with a prior registration under Art. 2098, C.C.; or perhaps the question might come up on the seizure of the property. See the opinion of C. J. Meredith in *Drouin* v. *Hallé*, 7 Q.L.R., p. 146, that an effective registration might be made even after seizure, and that the seizure in case of a non-trader created no presumption of insolvency against the debtor. At all events the question of the validity of registration is not within the issues raised in the suit.

1889.
E. T. Bank & Bishop.

We think the judgment of the Superior Court is correct and must be confirmed.

Judgment confirmed.

Hall, White & Cate, for appellants.

Ives, Brown & French, for respondents.

J. K.)

September 28, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BABY, BOSSÉ, JJ.

LA COMPAGNIE DE NAVIGATION RICHELIEU & ONTARIO

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

JOSEPH M. FORTIER

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Carrier—Negligence—Presumption—Bill of Lading—Exception—Evidence—Onus Probandi—Art. 1675, *C.C.*

HELD:—1. It is sufficient for the shipper to prove the reception of the goods by the carrier, and that they have not been delivered to the consignee, to place upon the carrier the burden of proving that the loss was caused by a fortuitous event or irresistible force, or has arisen from a defect in the goods or thing itself.

2. The fact that the bill of lading contained a clause exempting the carrier from responsibility for "the acts of God, the Queen's enemies, fire, and all and every the dangers and accidents of the seas, rivers, and navigation of whatsoever nature and kind," does not necessarily cast the burden of proof on the plaintiff,—so far, at least, as to oblige him to make proof of the carrier's negligence by his evidence in chief.

3. The exception "dangers and accidents of the seas, rivers and navigation of whatsoever nature and kind," covers only such losses as are of an extraordinary nature, or arise from some irresistible force which cannot be guarded against by the ordinary exertion of human skill and prudence.

4. The sinking of a steamer at the entrance to a canal, on a calm clear night, was not such an accident.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (TAIT, J.), Feb. 18, 1888, maintaining the respondent's action. The judgment of the Court below was as follows:—

"The Court etc.....

"Considering that plaintiff has proved the material allegations of his declaration, and, particularly, that at Montreal, on the 30th of July, 1886, he shipped on board the 'Passport' steamer, belonging to defendants, a case of cigars, of the value of $197.50, for conveyance to Toronto, to be delivered to the consignees, Messrs. Adams & Burns, in accordance with the bill of lading filed as his exhibit No. 1, and that defendants failed to perform said contract;

"Considering that defendants have failed to prove the material allegations of their plea, and particularly that the sinking of said steamer at the entrance of the Cornwall Canal resulted directly from the dangers and accidents of the seas, rivers and navigation, or from any cause falling within the exceptions in said bill of lading contained;

"Considering that the night on which the accident happened was a calm clear night, that the entrance to said canal was clear, and that the usual lights were lit and in good order, and that the evidence establishes that the said accident was proximately caused either (1st) by the steering apparatus of said steamer being defective, or (2nd) by the unskilfulness of those in charge of her, for whom defendants are responsible, and that in either case the defendants are responsible, notwithstanding anything in said bill of lading contained, and that said accident is not one covered by the exceptions therein;

"Doth condemn the defendants to deliver to plaintiffs goods of the same nature, quantity, quality and value as those mentioned in plaintiff's exhibit No. 2, being the goods delivered by plaintiff to the defendants, as aforesaid,—and on their default of so doing within fifteen days from the date of the present judgment, the Court doth

1889.
Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

condemn the defendants to pay to the plaintiff the value of the said goods, to wit, the said sum of $197.50, with interest thereon from the 17th of November, 1886, date of service of process, and costs of suit *distraits, etc.*"

May 17, 1889.]

F. X. Archambault, Q.C., for appellant :—

La déclaration de l'intimé alléguait :

" Que le 30 juillet 1886, il avait livré à l'appelante, à Montréal, suivant *bill of lading* produit, une caisse de cigares valant $197.50, consignée à Messrs. Adams & Burns, Toronto, pour être transportée par le vapeur ' Passport ' appartenant à l'appelante, manœuvré par ses employés, et voyageant de Montréal à Toronto et ailleurs, la dite appelante s'obligeant à délivrer aux consignataires pour l'intimé, la dite caisse en bon ordre et bonne condition au port de Toronto ; que la défenderesse appelante n'avait pas rempli ses obligations vis-à-vis de l'intimé et qu'elle n'avait pas livré la dite caisse de cigares aux consignataires Adams & Burns, au port de Toronto, en bon ordre et en bonne condition ;

" Que la dite caisse et les dites marchandises, entièrement détériorées par la faute et la négligence de l'appelante, ont été présentées aux consignataires qui n'ont consenti à les recevoir qu'en autant que cela ne préjudicierait en rien aux droits de l'intimé ;

" Que l'appelante avait refusé d'accéder à cette demande, exigeant illégalement une acceptation pure et simple ;

" Que l'intimé, par protêt fait à Montréal le 16 octobre 1886, protesta l'appelante de la détérioration et se déclarait prêt à recevoir sous protêt les dites marchandises pour les faire vendre à l'encan, et informait l'appelante qu'il la tiendrait responsable pour la différence en la valeur et le montant de la vente à l'encan ;

" Que la dite appelante n'avait pas répondu à ce protêt et que les marchandises étaient restées en sa possession ;

" Que les marchandises ne pouvaient plus être vendues à l'encan, et qu'elles n'étaient plus d'aucune valeur, et

que l'appelante devait en payer la valeur, ce qu'elle avait refusé et négligé de faire."

L'appelante a plaidé à cette action par une *exception péremptoire perpétuelle en droit*, par laquelle elle alléguait :

" Qu'en effet, à la date mentionnée en la déclaration de l'intimé, il avait expédié à Toronto, par l'entremise de l'appelante, les marchandises décrites ci-dessus, et qu'elle s'était engagée à les rendre à leur adresse, à Toronto ;

" Qu'en exécution de son contrat, l'appelante avait, le 30 juillet 1886, placé à bord de son steamer ' Passport ' les marchandises de l'intimé, consignées à Toronto comme susdit, mais qu'il avait été stipulé entre les dites parties au connaissement donné au dit intimé et produit par lui, ce qui suit, savoir : ' *Being marked as above, and are to be delivered in the like good order and condition at the port of Toronto, the acts of God, the Queen's enemies, fire, and all and every the dangers and accidents of the seas, rivers and navigation of whatsoever nature and kind excepted,*' tel qu'il apparaissait au dit connaissement ;

" Que pendant son trajet de Montréal à Toronto, dans la nuit du 30 au 31 juillet 1886, le steamboat ' Passport ' qui transportait les dites marchandises, et ce, à l'entrée du canal de Cornwall, par suite d'un accident incontrolable de la navigation, et sans la faute ni la négligence de la dite appelante, avait coulé bas, et que par suite de cet accident les dites marchandises avaient été endommagées ;

" Que d'après les termes ci-dessus relatés du dit connaissement, et d'après la loi en pareil cas, l'appelante n'était pas tenue de payer ou indemniser l'intimé qui, du reste, avait repris ses dites marchandises et en avait disposé."

L'appelante plaida aussi une défense en fait niant tous les allégués de la déclaration de l'intimé, qui répondit généralement à ces deux défenses.

A l'enquête l'intimé se contenta de prouver le dépôt de ses marchandises, leur valeur et leur non livraison en bon ordre, tel que convenu, sans en aucune manière tenter de prouver le fait allégué et affirmé par lui de la faute et la négligence de l'appelante ; mais l'appelante ayant fait sa

1889.
Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

preuve établissant clairement les faits allégués dans son exception, notamment le fait de l'accident sans la faute et la négligence de sa part ou de la part de ses employés, l'intimé obtint de recommencer sa preuve, et tenta de prouver, ce qu'il aurait dû faire au commencement, que l'accident était arrivé par le fait, la faute et la négligence de l'appelante ou de ses employés.

Cet dernière s'objecta à cette preuve comme intempestive et inopportune, mais l'Hon. Juge Doherty, qui présidait l'enquête, la permit. L'appelante fit motion pour réviser cette décision à l'enquête, alléguant :

"Que l'audition de tels témoins constituait en loi la réouverture de l'enquête qu'était tenu de faire, en premier lieu, l'intimé qui cherchait à faire sa cause en contrepreuve, en prouvant des faits allégués dans son action, ce qu'il avait d'abord décliné de faire, et que telle preuve ne pouvait pas alors être opportune ni permise."

Sur cet incident, la Cour Supérieure présidée par l'Hon. Juge Tait, le 18 mars 1887, rendit le jugement suivant :

"The Court having heard the parties by their respective counsel upon the motion filed in this cause by defendants, to review the ruling of the Hon. Justice Doherty at *enquête*, on the 11th of March instant, etc. :

"Considering that plaintiff, in his replication to defendant's *exception péremptoire en droit*, specially alleged that the accident to the steamer 'Passport,' referred to in said exception, happened through the fault, negligence and incapacity of defendants and their *employés* ;

"Considering that plaintiff was not bound to make proof of such negligence in the first instance, nor until the defendants had made proof of the accident alleged by him as falling within the exception contained in the bill of lading referred to in their exception ;

"Considering, therefore, that there is no error in the decision of the honorable Judge presiding at *enquête*, overruling the objection made to the question put to the witness, Victor Joseph Cusson, touching such negligence alleged in plaintiff's replication ;

"Doth dismiss the defendants' motion to revise said decision, with costs *distraits*, etc."

L'appelante a excipé de ce jugement et en demande l'infirmation également, comme contraire aux règles de la procédure et de la loi, en l'espèce, vu surtout le fait que cette prétention était spécialement alléguée en la dite action de l'intimé.

Vu la nature de la défense et de la cause, cette preuve, ce semble, ne pouvait être faite qu'en premier lieu et non en contre-preuve, et ce jugement est une violation de l'art. 1676 du Code Civil qui dit: "Les avis par les voi-"turiers de conditions spéciales limitant leur responsa-"bilité, ne lient que les personnes qui en ont connaissance; "et nonobstant tels avis et la connaissance qu'on peut en "avoir, les voituriers sont responsables lorsqu'il est prouvé "que le dommage a été causé par leur faute ou celle de "ceux dont ils sont responsables."

D'après cet article la présomption légale établie par l'article 1675, que la perte de la chose est arrivée par la faute du voiturier, peut être détruite par une clause spéciale; ce qui a pour effet de faire appliquer les règles du droit commun, d'après lesquelles celui qui réclame un dommage doit prouver la faute de celui qui l'a occasionné.

Or, dans le cas actuel, il a été expressément stipulé dans le connaissement que l'appelante ne serait responsable d'aucun accident ou cas fortuit, entendant par là ne vouloir se soumettre qu'aux seules règles du droit commun. Et, ce serait blesser l'intention des parties que de décider le contraire; car l'article 1675 ne crée qu'une présomption, et rien n'est plus contraire à la loi que de donner effet à une présomption lorsque les parties en ont réglé autrement par des stipulations expresses.

D'ailleurs n'y a-t-il pas cette autre règle que dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation?

L'intimé a eu connaissance, lors du contrat, de la clause insérée dans le connaissement; c'est du moins ce qu'il a avoué dans ses réponses aux articulations de faits de l'appelante. N'est-il pas raisonnable de présumer que

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

les parties n'ont entendu se soumettre qu'aux règles du droit commun, plutôt, qu'elles ont entendu se soumettre au contrat spécial passé entr'elles ?

Or, d'après ce contrat spécial, si on lui donne un sens, l'appelante ne devrait être responsable d'aucun accident, remarquons bien. L'intimé a très bien compris cela, c'est pourquoi il s'est attaqué à la faute et à la négligence de l'appelante.

Alors il lui incombait de faire une preuve de faute ou de négligence chez l'appelante et à celle-ci de la détruire. Car ou l'intimé accorde à la clause spéciale du connaissement l'effet que nous venons de lui attribuer, ou il le conteste ; dans le premier cas, il lui incombait de faire d'abord une preuve de faute ou négligence, comme nous l'avons dit plus haut ; dans le second cas toute preuve était oiseuse de sa part, la présomption de la loi lui suffisant, et ç'a dû être le sentiment qui l'animait lors de la clôture de son enquête principale. Comment voudrait-on alors le laisser revenir sur ses pas en lui accordant une preuve que lui-même avait méprisée ; car la preuve qu'il a voulu faire n'est pas une contre preuve, mais bien sa preuve principale.

C'est ce que porte l'article 1676 et c'est aussi l'opinion des auteurs : Angell, *On carriers*, Nos. 268, 473, 276, 54, 202 *note* (*a*), 569, 166, 168, 180 ; Troplong, *Louage*, No. 942 ; Sirey, *C. du Com.*, Art. 103.

Il est bien évident, ce nous semble, qu'il incombait à l'intimé de faire cette preuve en premier lieu pour faire porter par l'appelante la responsabilité qu'on veut lui attribuer, et que les témoins entendus sur ce fait, en contre preuve, n'ont pu faire qu'une preuve illégale et qui doit être mise de côté.

Quant au jugement final, nous soumettons qu'il est erroné et doit être mis de côté comme étant contraire à la preuve et à la loi.

Les voituriers ne sont responsables que dans le cas de négligence de leur part, mais non lorsqu'il y a force majeure ou cas fortuit, comme dans l'espèce, où il est établi clairement que l'accident arrivé au " Passport " est un

pur accident qui n'a pu être ni prévu ni évité par les employés ou l'équipage du steamboat.

Tous étaient à leur poste pour opérer la manœuvre du steamboat à cet endroit dangereux de la rivière. Tous étaient des navigateurs habiles, expérimentés et capables, dignes de confiance et sobres, et c'est dans l'espace d'un moment que l'accident est arrivé, la chaîne du gouvernail s'étant trouvée mêlée a empêché la manœuvre vive, prompte et instantanée nécessaire à cet endroit de la rivière où le steamboat se trouvait, pris entre les pierres d'un côté et le courant et les remous de l'autre,

A cause de cet obstacle qui s'est manifesté spontanément, le steamboat n'a pu tourner assez vite pour entrer dans le canal et éviter les écueils sur lesquels il a été jeté par le courant, brisé et coulé à fond.

Dans la cause de *Dionne* v. *Canadian Pacific Ry.*, M.L.R., 1 S. C., p. 168, Johnson, J., il a été jugé : "That the con- " ditions (not responsible for loss by fire) were reasonable, " and that the plaintiff had sufficient notice and was bound " thereby, and the company were relieved from responsi- " bility, in the absence of any averment or proof that the " loss was caused by the fault of the carrier or of those for " whom he was responsible."

Les marchandises avaient péri par le feu.

" La clause de non-responsabilité pour les déchets et " avaries de route, insérée dans un tarif spécial d'une com- " pagnie de chemin de fer, n'a pas pour conséquence d'ex- " onérer la compagnie de la responsabilité des fautes de ses " agents, mais elle oblige l'expéditeur à faire la preuve " d'une faute imputable à la compagnie." Dalloz, 1885, p. 434 ; 1 p. 128. Dalloz, 84 à la table *vo.* Commissionnaire de transport, No. 18.

La jurisprudence de la cour de cassation est irrévocablement fixée en ce sens. Dalloz, 1, 128 No. (4).—*Vide Dobson & G. T. R.*, 3 R. L. 508.

Il semble donc évident, que dans l'espèce, il faut, en appliquant ces principes, relever l'appelante de toute responsabilité pour la perte subie par l'intimé par suite de

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

l'accident arrivé au "Passport," comme étant un cas fortuit ou de force majeure.

En résumé, on voudra bien se rappeler d'après ce qui a été dit et cité plus haut: que la présente cause doit être réglée d'après le contrat spécial de connaissement: que d'après ce contrat tous les accidents de quelque nature qu'ils soient, *whatsoever kind and nature*, sont retranchés du domaine de la responsabilité de l'appelante; que, d'un côté, on a prouvé avoir donné tous les soins d'un bon père de famille à la conservation des effets de l'intimé, que, d'un autre côté, il résulte que l'accident est arrivé par suite d'un *fait naturel*, *i. e.*, indépendant de la volonté, et en un mot, d'un cas fortuit; que les lois anglaises et américaines donnent une grande latitude d'interprétation aux clauses spéciales; que dans tel cas elles font peser le fardeau de la preuve sur le demandeur; que dans l'espèce la preuve de l'intimé est nulle comme procédure et comme probante.

Choquet, for the respondent:—

L'intimé a fait reposer sa cause sur l'article 1675 du Code Civil qui se lit comme suit: "Ils (les voituriers) sont "responsables de la perte et des avaries des choses qui "leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent que la perte "ou les avaries ont été causées par cas fortuit ou force "majeure, ou proviennent des défauts de la chose elle-"même." L'appelante tient une ligne régulière de bateaux à vapeur voyageant et servant au transport des passagers et des marchandises entre Montréal et Toronto, et elle est en conséquence soumise aux obligations que la loi impose aux voituriers ("common carriers"). En vertu de l'article de notre Code ci-dessus cité, l'appelante est responsable de la perte des marchandises que l'intimé a déposées à bord du "Passport", à moins qu'elle ne prouve que cette perte est le résultat d'un accident causé par force majeure. La compagnie appelante, pour se libérer de sa responsabilité a invoqué la force majeure dans son plaidoyer; elle a avancé un fait qu'elle était tenue de prouver, et l'*onus probandi* était à sa charge.

Angell, on Carriers, 5ème. édition, 419.
Story, on Bailments, 9ème édition, pages 502 et 529.
2 Greenleaf, on Evidence, pages 192 et 193.
25 Laurent, pages 582 et 523.

L'appelante a-t-elle prouvé que la perte des marchandises de l'intimé, a été causée par force majeure ou cas fortuit? Nous soumettons que non.

Tous les témoins admettent que l'accident est arrivé vers dix heures du soir, que la nuit était claire, calme, et qu'il n'y avait aucun obstacle à l'entrée du canal.

L'appelante a essayé d'établir par un grand nombre de pilotes et de capitaines de bateaux que l'entrée du canal de Cornwall est un endroit dangereux pour la navigation, mais chose étrange, pas un seul a prouvé qu'aucun accident fût arrivé à cet endroit.

L'intimé en contrepreuve a établi que l'entrée de ce canal n'était pas plus dangereuse qu'ailleurs, et de plus il a prouvé hors de doute par tous les employés du canal, que le soir de l'accident toutes les lumières étaient allumées et brillaient, que la nuit était claire et calme, et qu'il n'y avait rien pour obstruer l'entrée du canal, et tous ces employés établissent que le bâtiment n'a pas tourné à l'endroit ordinaire pour faire son entrée dans le canal.

L'appelante a essayé de prétendre devant la Cour de première instance qu'une défectuosité dans la chaine du gouvernail, constituait un danger de navigation couvert par le connaissement. Cette prétention n'est pas fondée, et les auteurs le démontrent clairement.

Hutchison, on carriers, page 140.
Angell, pp. 156 et 160.

CROSS, J. (for the Court) :—

Fortier brings suit against the Richelieu Navigation Company for the recovery of $197.50, the value of a case of cigars which he shipped on board the company's steamer "Passport," consigned and for delivery to Adams & Burns, Toronto, by bill of lading of date 30th July, 1886, and which, he alleges, were destroyed and lost by the negligence of the company and their servants, and

1899.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

were never delivered as undertaken by the said bill of lading.

The company pleaded that their bill of lading contained a condition excepting them from liability for the acts of God, the Queen's enemies, fire, and all and every the damages and accidents of the seas, rivers and navigation of whatsoever nature and kind; that during the voyage on the night of the 31st July, at the entrance of the Cornwall canal, the steamer "Passport," having on board the said cigars, by reason of an uncontrollable accident of the navigation and without any fault or negligence on the part of the said company, sank, and said cigars were damaged; that by reason of said exception in said bill of lading, and by law, the said company were not liable for the damage or loss.

Fortier, by his replication, asserted that the loss and damage occasioned to the cigars were the result of the fault, negligence, unskilfulness and want of care of the company and their servants and agents.

At the *enquête*, Fortier at first limited himself to the proof of the delivery of the cigars on board the steamer in accordance with, and as, in fact, acknowledged by the bill of lading, the value of the cigars, and their non-delivery by the "Passport" as required by the bill of lading.

The company thereupon adduced evidence in support of their plea; and when they had closed, Fortier tendered evidence of fault and negligence on the part of the company and their servants on the steamer "Passport," which evidence was objected to on the part of the company, but was allowed by the presiding judge, to which the counsel for the company took exception.

The cause being heard on the merits, the Superior Court gave judgment in favor of Fortier, holding that the company were liable to him for the damage caused to the cigars, which the Court found resulted from the sinking of the steamer "Passport," occasioned by the steering gear of the vessel being defective, or the unskilfulness of those in charge of her, for which, in either case, the company were responsible.

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

The company brings the present appeal, and contends that the evidence adduced by Fortier in reply, to establish fault and negligence on the part of the servants of the company, was improperly received and should be rejected. They further contend that they are protected from liability by the exception in the bill of lading, and that no fault or negligence on their part has been proved; also, that they proved that the loss or damage was occasioned by a *force majeure*, an uncontrollable accident beyond their power to prevent.

On the first question, it seems to me that Fortier was justifiable in not proceeding further at the outset of his case than to establish a *primâ facie* case of liability on the part of the company. This would have given him the right to recover if the company had made no proof, and until the presumption so raised had been impugned, he had no occasion to go into the proof of fault or negligence, which he afterwards properly did in answer to the case made by the company. It may be admitted that there are cases where the burden of proof of negligence is incumbent on the plaintiff. The company contend that the present is such a case. If even it were so, yet the order in which proof is adduced is not always necessarily regulated by the question on whose side the burden of proof lies, and in practice, as far as my experience goes, it has been customary in like cases for the plaintiff to limit himself in the first instance to such proof as would charge the defendant on a *primâ facie* case; so I think the point so first taken by the company is of no force or value.

In general, when goods are delivered to a carrier, he is responsible, and is bound to account for them to the shipper or owner. It is enough for the shipper to prove the reception of the goods by the carrier to cast upon him the burden of accounting for them, and in regard to this we would not be particular as to the form of the action nor the order in which the proof was adduced, provided we found that no injustice had been caused and the rights of the parties had been fairly placed before the Court.

Prior to the enactment of the statute 37 Vict. c. 25, the

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

liability of carriers may have been somewhat more extensive, at least in Ontario, than subsequently. The rules laid down by that statute did not differ materially from what was understood to be the law on the subject in Lower Canada or Quebec.

That statute provides that carriers shall be bound to use due care and diligence in the safe-keeping and punctual conveyance of goods entrusted to them for conveyance, subject to the exceptions therein stated, among which were that they should not be liable to any extent whatsoever to make good any loss or damage happening without their actual fault or privity, or the fault or neglect of their agents, servants or employees. Angell, in his work on carriers, §202, holds that the loss or injury to the goods being established, it is sufficient proof of negligence or misconduct, and the *onus probandi* is on the carrier to exempt himself. That the goods, in other words, have been delivered to the carrier, or his agent, and have never been delivered by him to his employer or his agent or consignee, is *primâ facie* evidence of negligence or misconduct. Vanhuffel, voituriers, p. 78, is to the same effect. Therefore, apart from the special exception in the bill of lading to be referred to hereafter, the liability of the Richelieu Navigation Company would depend upon whether they had established that the loss or damage to the goods had occurred without any fault or negligence on their part.

But the appellants contend that although the general rules may be as thus explained, yet the exemption in the bill of lading takes the case out of the general rules; that it extends the scope of their non-liability, and casts the burden of the proof of fault or negligence on the plaintiff.

I think it has been conceded that a carrier cannot validly contract for non-liability for his own fault or neglect; therefore, that is in no manner covered by the exception, which, as might affect this case, is of all and every the dangers and accidents of the seas, rivers and navigation of whatsoever nature and kind. Now, the equivalent exception, perils of the sea, has received construction in

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

the Courts of law, and may be considered well settled to mean no more than the natural accidents peculiar to that element, from which carriers have always been exempt, no other than inevitable accidents or perils commensurate with the acts of God, or *force majeure*, from which carriers have always been exempt. It must, in any case, be understood to include only such losses as are of an extraordinary nature, or arise from some irresistible force or overwhelming power which cannot be guarded against by the ordinary exertions of human skill and prudence. Hence it is that if a loss occurs by a peril of the sea which might have been avoided by the exercise of any reasonable skill or diligence at the time when it occurred, it is not to be deemed in the sense of the phrase such a loss by the perils of the sea as will exempt the carrier from liability, but rather a loss by the negligence of the party. So dangers of the river or of navigation have been construed in like manner. In fact, the well established rule seems to be that the carrier is responsible for every injury that might have been prevented by human foresight or care, and that perils of the sea, or of the river, or of navigation, that might be prevented by human foresight or care, involve liability as for negligence, notwithstanding their being excepted in the bill of lading. I am taking it for granted that the additional words used in the exemption in this case do not take it out of the class of those commented upon. The amplification, "all and every and of whatsoever nature and kind," does not extend to, or include other classes.

The case, therefore, turns upon the question whether the loss has been occasioned by *force majeure*, or by the negligence, presumed or proved, of the appellants' agents or servants on the steamer "Passport." There is an entire absence of proof of *force majeure*, uncontrollable accident, or an event which could not have been prevented by human prudence. As the facts were found by the presiding judge of the Superior Court, and as seem to me justified by the evidence, the damage was proximately caused either by the steering gear of the steamer being

1889.

Cie. de Nav. R. & O. & Fortier.

defective, or by the unskilfulness of those in charge of her, for whom the defendants are responsible. The steamer sank at the entrance of the Cornwall canal, on the night of the 31st of July, 1886. The night was clear, the entrance to the canal was clear, the usual lights were lit and in good order, numerous vessels passed there during the navigation season without accident; the accident could not be accounted for otherwise than by presuming negligence or unskilfulness on the part of the persons in charge of the steamer "Passport." And as I view the evidence there was unskilfulness, fault and negligence on the part of those in charge of the steamer, apparent as well by the presumption created by the circumstances as by the positive testimony produced by the respondent. So that if even the notice to the respondent by the exception in the bill of lading shifted the burden of proof upon him, the necessary proof has in fact been produced by him. As regards the insufficiency of the proof of *force majeure*, I quote from Vanhuffel, p. 75 :—

"On entend par force majeure les accidents que la vigi-
"lance et l'industrie des hommes n'ont pu ni prévoir ni
"empêcher. Il ne suffit pas aux voituriers d'alléguer que
"les choses à eux confiées ont péri ou ont été endom-
"magées par force majeure ; ils doivent en faire la
"preuve."

We have been referred by both parties to the factums of the very important case of *Dixon* v. *The Richelieu and Ontario Navigation Co.*, now in appeal before the Supreme Court, being a suit for a loss occasioned by the sinking of one of the appellant's steamers at the same locality under nearly similar circumstances, wherein the jury found negligence on the part of the steamer and gave their verdict against the company. The presiding judge gave the plaintiff judgment, but in appeal the judgment was set aside by two judges out of three of that Court and the action dismissed. The case goes to the Supreme Court, with two judges for and two against the liability of the company ; but the exception in the bill of lading differs from that in the present case, the goods

being declared to be at the owner's risk against all casualties, the majority of the Court of Appeal being of opinion that this exception excluded liability for all but wilful negligence, and Judge Osler holding that it did not exclude liability for negligence.

The Court have come to the conclusion to confirm the judgment in this case. I have avoided reference to the very numerous cases cited on both sides, and in the case of *Dixon* v. *The Company*, partly from want of time and partly from the fact that they are known to and can be availed of by the parties concerned.

Judgment confirmed.

Archambault & Pelissier, for appellant.

Mercier, Beausoleil, Choquet & Martineau, for respondent.

(J. K.)

February 26, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CHURCH, DOHERTY, JJ.

J.-BTE. G. MILETTE,

(*Opposant in Circuit Court*),

APPELLANT;

AND

JOSEPH A. GIBSON ET AL.,

(*Plaintiffs contesting below*),

RESPONDENTS.

Attorney—Costs—Distraction—Saisie-arrêt.

HELD:—1. That distraction of costs granted to a party's attorney vests the attorney alone with the right to claim such costs, as long as the client has not obtained from the attorney a transfer followed by service on the adverse party.

2. That an execution taken in the name of the attorney *distrayant's* client, against the adverse party, is null, even if it has been issued upon the *fiat* of the attorney *distrayant*, if such execution was not preceded by the transfer and notice above mentioned.

1889.

Milette & Gibson.

3. That the claim for costs of the attorney *distrayant*, due by the adverse party, is subject to the same laws as apply to ordinary debts with regard to transfer, service and subrogation.
4. That when an attachment by garnishment, *saisie-arrêt*, has been served upon the judgment debtor for costs, by a creditor of the attorney *distrayant*, the attorney *distrayant's* client cannot, by alleging payment by him to his attorney, or transfer by his attorney to him of said costs, claim the same in his own name, to the prejudice of the attorney's seizing creditor, if notice of such payment and transfer has not been served upon the judgment debtor before the attachment by garnishment was issued.
5. That in such a case the judgment debtor is not obliged, before judgment is rendered upon the attachment by garnishment of the attorney's creditor, to deposit in Court, to be paid to whom it may appertain, the amount of such costs, but on the contrary must retain the same in his own hands, as he is ordered to do by the writ of attachment by garnishment, until the Court may decide thereon.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, which reversed a judgment of the Circuit Court for the County of Richmond, at Danville (BROOKS, J.) Sept. 22, 1887.

BROOKS, J. (in Circuit Court) :—

The opposant, by his opposition *afin d'annuler*, says that the only judgment rendered against him is that of the Court of Review, rendered on the 30th June, 1886, confirming a judgment of this Court dismissing an opposition filed by him, and condemning him to pay the costs of both Courts, distraction of which costs was awarded to Ls. Joubert, attorney for plaintiffs. That he was always ready to pay these costs, and offered so to do, on the bills being taxed, and that this being refused, on the 12th August, 1886, he made this offer to Ls. Joubert by the ministry of F. A. Brien, N.P. That no notice of taxation of bill was ever given him or his attorneys. That on 1st Sept., 1886, two attachments *saisie-arrêts en mains tierces*, were served upon him at the suit of two creditors of said Ls. Joubert. That he made his declaration in obedience to said writs, declaring his indebtedness to said Ls. Joubert for said costs, not taxed, but that notwithstanding, on the 2nd of Sept., 1886, execution was issued at the suit of plaintiff for these costs. That the claim against him was

personally due to Ls. Joubert, attorney *distrayant*, and plaintiffs could not issue execution therefor.

To this plaintiffs filed a *défense en droit*, alleging that the opposition was insufficient in law:

1. Because there was no allegation that the debt was extinguished;

2. Because it did not appear that Ls. Joubert, attorney, issued the execution;

3. Because a judgment awarding *distraction de frais* to the attorney, does not prevent the party from issuing execution in case the attorney fails to do so;

4. Because opposant cannot *set off* the amount claimed by execution against sums seized by *saisie-arrêt*;

5. Because opposant's pretended declaration on the *saisie-arrêts*, cannot prejudice plaintiffs contesting.

And *au fond*—That long before the attachment under execution opposant had asked delay for payment of plaintiffs. That plaintiffs had arranged with their attorney, Ls. Joubert, paid him costs in full, and were *subrogated* in his rights.

Also, a plea of general issue.

The demurrer cannot, I think, be maintained. The principal and only reason of importance is the third, which alleges that *distraction de frais* granted to attorney, does not prevent the party issuing execution when the attorney fails to do so, which is not, in my opinion, well founded in law. The *défense en droit* is dismissed.

The main questions are these: What is the effect, so far as the party condemned to pay costs *distraits* to attorney, is concerned, as to his obligation to pay? Can he pay the party to prejudice of the attorney, and can execution issue for costs not taxed?

The facts are simple. The plaintiffs got the first opposition dismissed with costs *distraits* to their attorneys. This was confirmed in Review. The opposant, wishing to pay these costs, applied to the attorney, who had obtained *distraction*, for a detailed taxed bill. Not obtaining this, on the 12th August, 1886, he called upon the attorney by the ministry of a notary, to furnish the bills properly

1889.

Milette & Gibson.

taxed, offering to pay. No answer. He was on 1st September served with two writs of *saisie-arrêt*, calling upon him to hold in his hands monies due by him to the attorney. On the 2nd Sept. without notice of taxation, execution was issued by plaintiffs. It does not appear by the record submitted to me, whether this was done with the attorney's intervention or not; but supposing it to have been so done, it was only after an *ex parte* taxation of costs without notice to opposant, and with a considerable deduction from the sum first claimed. It is true that it would appear that opposant was very expeditious in making his answers to the writs of *saisie-arrêt*, which he did on the same day as served; but that matters not. He was a witness.

Were plaintiffs in a position on the 2nd September to seize the movables of opposant, or was such seizure premature and null?

It cannot be denied under the law that the judgment awarding *distraction* seized the attorney with the debt against opposant; which it must be remarked in this case was simply for costs. There was no other condemnation, and in this case the question comes up whether the *saisie-arrêt* served on opposant, when he had every reason to suppose, and was not notified to the contrary, that the attorney was the person who had a right to claim these costs, was good, and could plaintiffs issue execution for these costs in their own name?

The opposant would be placed in a most extraordinary position if now condemned to pay. He appears to have been willing,—at any rate, he offered, to pay, and plaintiffs' attorney, who was the only person then appearing to have an interest in these costs, failed to put himself in a position to receive, by complying with opposant's reasonable demand; but refused to do so. Opposant could not safely have paid plaintiffs. They then had not, to his knowledge, any right to receive. The only proof of their pretended right is a document bearing date August 6th, purporting to be a receipt from the attorney to plaintiffs for these costs.

It is somewhat strange that when opposant applied for a memorandum of these fees, plaintiffs' attorney did not declare that he had been paid, and notify opposant, at least verbally, that he could pay plaintiffs. The case has become somewhat complicated by the interposition of the writs of *saisie-arrêt*. Plaintiffs have a right to contest the point whether, in this case, what they now claim as their judgment debt can be held for their attorney's debts; but it is embarrassing under the issue, for opposant, who seems to have yielded when defeated on his former opposition, was willing to pay these costs. If plaintiffs had answered this opposition by saying: We seized prematurely, we made *de faux frais*, we will now show you that we are the real creditors; we will pay these *faux frais*, and place you in a position that you can safely pay us all taxable costs, the result might have been different. But we must take the case as it was when the opposition was filed, for it was contested *in toto* by plaintiffs, and if the Court were to dismiss this opposition it would be doing an injustice.

See authorities quoted in *Beauchène* v. *Pacaud*, & *Leclere*, distrayant, 15 L. C. R. p. 193; 1 Pigeau, p. 419; Bioche, pp. 98, 99, No. 202.

As to *taxation* of costs, *contradictoirement*, I am inclined to agree with *Lewis* v. *McGinley et al.*, 6 Q L. R., p. 61, where costs only are concerned. Especially as this case is not like that decided in *Samuel* v. *Houliston*, M. L. R., 1 S. C. 505, where execution issued as well for debt as costs.

The judgment maintains the opposition with costs, but reserves to plaintiffs any rights they may legally have as to the *saisie-arrêt* to be exercised hereafter.

The following was the judgment of the Circuit Court:—

"The Court, having heard the parties plaintiffs and opposant as well upon the merits of the opposition *à fin d'annuler* filed by said opposant, as upon the *défense au fond en droit* filed thereto by said plaintiffs, as upon plaintiffs' two motions to reject evidence filed on the 23rd May, 1887,

1889.
Milette & Gibson.

examined the proceedings, pleadings and evidence, and deliberated;

"Considering that so far as relates to the *défense au fond en droit*, the same is not well founded, but that the allegations of said opposition are sufficient in law, doth dismiss said *défense au fond en droit* with costs, and doth also reject plaintiffs' motion to reject the evidence of J. H. N. Richard, one of opposant's attorneys, without costs, and the motion to reject evidence generally, with costs.

"And proceeding to adjudicate upon the merits of said opposition:

"Considering that the judgment on the dismissal of opposant's first opposition in this cause was rendered solely for costs *distraits* to plaintiffs' attorney Ls. Joubert; that at the time of the issuing of the execution in this cause, opposant had no reason to know or believe that he could safely pay said costs to any other than to said attorney *distrayant*, and had, prior thereto, by notarial protest, called upon said attorney to have his bill taxed and offered to pay the same upon taxation; that he was not then or at any other time, informed that he could pay the same to plaintiffs; that attachments were made in his hands of all monies due by him to said attorney *distrayant*, prior to the issuing of the writ of execution in this cause; that the bill of costs in this cause was taxed without notice; after such seizure in opposant's hands; that at the time of the issuing of the writ of execution, opposant could not safely have paid plaintiffs said costs, and that said execution issued prematurely and without opposant having been put *en demeure* to, pay plaintiffs' said costs, if due to them by reason of payment made to their attorney, which they have not legally proved, nor, if made, the date;

"And considering that it has not been made to appear to this Court that said execution issued with the consent of said *distrayant*, and that when the same issued, plaintiffs were not legally in a position to enforce the payment thereof from opposant, and the rights of third parties had become involved;

1889.
Milette & Gibson.

"Doth maintain said opposition, and doth set aside the seizure herein made, with costs, reserving, however, to plaintiffs all rights they may legally have or exercise hereafter with regard to said costs."

The above judgment was reversed by the Court of Review, Montreal (JOHNSON, PAPINEAU, LORANGER, JJ.), Jan. 31, 1888, the *considérants* being as follows :—

"La Cour, etc.....

"Considérant que le *fiat* pour l'émanation du bref d'exécution en cette cause, au nom des demandeurs, a été signé par Ls. Joubert, avocat distrayant, pour les frais portés au dit bref, et contient une indication de paiement qui autorisait le défendeur à payer le montant du dit bref, à la partie saisissante, ou à en faire la consignation au greffe de la Cour Supérieure ;

"Considérant que la *saisie-arrêt* pratiquée ne l'autorisait point à retenir entre ses mains le montant porté au dit bref, et qu'au contraire, nonobstant la dite saisie, il était tenu d'en consigner le montant au greffe de la Cour Supérieure ;

"Considérant que l'opposition en cette cause est mal fondée, et qu'il y a erreur dans le dit jugement de la Cour de Circuit du Comté de Richmond, district de St. François, rendu le dit jour 22 septembre, 1887 ;

"Casse et annule le dit jugement en ce qui concerne le mérite de la dite opposition, et procédant à rendre celui que la dite Cour aurait dû rendre, maintient la contestation de la dite opposition, et renvoie la dite opposition avec dépens tant de cette Cour que de la Cour de première instance."

Jan. 25, 1889.]

The case was submitted in appeal on the printed factums.

DOHERTY, J., for the Court (after stating facts) :—

We think that neither of the reasons given in the judgment of the Court of Review is sufficient. There was

1889.
Milette & Gibson.

no question of insolvency involved, therefore the part about paying the money into Court is unfounded.

As to the other ground, with reference to the *fiat*, an action cannot be instituted without service of the transfer. *A fortiori*, an execution cannot issue. The Court here has come to the conclusion that the first judgment was the best; the judgment of the Court of Review will, therefore, be reversed, and the first judgment restored.

Speaking for myself, for the judgment does not turn upon this, I think the costs should have been taxed *contradictoirement* before execution could legally issue. A party cannot go to the prothonotary and get his costs taxed without giving notice to his adversary. Art. 479, C.C.P. does not require it in express terms; but Art. 462, C.C.P., which governs Art. 479, declares that "every written pro-"ceeding in the case must be served upon the opposite "party."

The judgment in appeal is as follows:—

"The Court, etc.....

"Considering that the appellant (opposant) hath established in law and in fact, the material allegations of his opposition *afin d'annuler* in this cause, and that there was no error in the original judgment of the Circuit Court rendered at Danville, in the District of St. Francis, on the 22nd of September, 1887, maintaining said opposition on the grounds in the said judgment mentioned and given;

"And considering that the respondents (contestants) have failed both in law and in fact to prove and establish by legal evidence the essential allegations and pretentions of their contestation of said opposition; and that in the judgment of the Court of Review, sitting at Montreal, on the 31st of January, 1888, now appealed from, maintaining said contestation, and dismissing said opposition, thereby setting aside said original judgment, there is error;

"This Court doth reverse and annul said judgment of the Court of Review, and doth in all respects confirm the said original judgment of the 22nd of September, 1887,

1889.

Milette & Gibson.

with costs as well of the Court of Review aforesaid as of this Court."

Judgment of C. R. reversed.

J. H. N. Richard, attorney for appellant.

L. Joubert, attorney for respondents.

(J. K.)

June 26, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BABY, BOSSÉ, JJ.

JEAN-BAPTISTE THÉOPHILE DORION,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

CHARLES DORION ES-QUAL. ET AL.,
(*Plaintiffs in Court below*),
RESPONDENTS;

AND

LA COMPAGNIE DE PRÊT ET CRÉDIT FONCIER,
MISE EN CAUSE.

Usufructuary legatee—Administration—Security.

HELD:—That a usufructuary legatee who is specially exempted by the will from the obligation of giving security, will not be ordered by the Court to do so, on the demand of the *nus-propriétaires*, unless his administration, or the change in his financial position, be such as to put the interests of the *nus-propriétaires* in jeopardy, which, in the opinion of the majority of the Court, was not the case here.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, reversing a judgment of the Superior Court, Terrebonne (BÉLANGER, J.), Feb. 16, 1888.

The judgment of the first Court was as follows:—

"La Cour etc.....

"Considérant que par son testament authentique, en

1889.
Dorion & Dorion.

date du cinq juin 1871, feu Charles Zéphir Dorion a légué tous ses biens en propriété aux demandeurs et l'usufruit des dits biens au défendeur, sa vie durant ; les dits biens consistant en immeubles et en biens meubles ; qu'un inventaire des dits biens a été fait par Charles Dalbec, en sa qualité d'exécuteur testamentaire, à la demande du demandeur et du défendeur, et qu'un compte a été rendu par le dit Charles Dalbec ; que sur les biens mobiliers réalisés par le dit Charles Dalbec et se montant à au-delà de $19,000, ce dernier a placé une somme de $11,910.70 en parts ou actions dans la compagnie, mise en cause, au montant de $10,000, d'actions ; et que cette compagnie est en liquidation, ainsi qu'admis par le défendeur dans et par son plaidoyer ;

" Considérant que les demandeurs demandent par leur action en cette cause, que le défendeur soit déclaré indigne et déchu du dit usufruit et que la cour déclare le dit usufruit éteint, et *subsidiairement* que le défendeur soit tenu de donner caution ou que les biens légués en usufruit soient séquestrés, attendu que le défendeur a abusé de sa jouissance, qu'il n'a pas joui en bon père de famille, ayant laissé vendre un des immeubles sujet au dit usufruit pour taxes municipales, qu'il était obligé de payer comme usufruitier, et n'ayant pas placé une somme de $2,000.00, par lui retirée en accompte des dites actions de la compagnie mise en cause, maintenant en liquidation, et enfin parce que le défendeur a dissipé et disposé de ses propres biens, de manière à diminuer considérablement sa fortune, et que son état de fortune n'offre plus de sûreté suffisante pour assurer la remise des dits biens aux demandeurs à l'extinction du dit usufruit ;

" Considérant que la preuve ne justifie pas les accusations ou allégations des demandeurs, attendu qu'il est établi que l'immeuble vendu pour taxes ne fait pas partie des biens sujets à son usufruit, que le défendeur n'en a jamais joui à ce titre ni autrement, et qu'il n'est pas responsable des effets de cette vente ; attendu de plus, que le défendeur n'est pas en défaut pour n'avoir pas placé les deux mille piastres par lui retirées de la mise en cause ; et

attendu enfin qu'il n'est pas établi que le défendeur a dissipé, gaspillé ou diminué sa fortune au point de devenir insolvable ou dans un état voisin de l'insolvabilité, et de manière à mettre en danger les dits biens ainsi sujets au dit usufruit ;

" Considérant que la preuve au dossier ne justifie pas la demande du défendeur comme usufruitier, non plus que la mise en séquestre des dits biens sujets au dit usufruit ; et qu'elle ne justifie pas pareillement la demande par laquelle les demandeurs demandent que le défendeur soit tenu de donner caution, comme tel usufruitier ;

" Considérant enfin que les demandeurs sont mal fondés dans leur dite action ;

" Déboute la dite action avec dépens distraits, etc."

The case was inscribed in Review, and judgment was rendered at Montreal, Jan. 31, 1889, (Johnson, Doherty, Loranger, JJ.) reversing the above judgment.

LORANGER, J. (in Review) :—

Appel d'un jugement rendu par la Cour Supérieure du district de Terrebonne.

Le 5 juin 1871, Charles Zéphir Dorion a fait son testament, par lequel il a institué le défendeur son légataire en usufruit, de tous ses biens meubles et immeubles, (avec dispense de cautionnement,) et les enfants de son frère, Charles Dorion, ses légataires en propriété. Ces derniers poursuivent le défendeur pour le faire déchoir de son usufruit et demandent subsidiairement, nonobstant la dispense de cautionnement, à ce qu'il soit condamné à fournir une caution, en raison de sa mauvaise administration et de son insolvabilité survenue depuis la constitution de l'usufruit.

Les griefs de la demande sont les suivants :

1o. Le défendeur a laissé vendre des propriétés immobilières de la succession, pour taxes municipales et scolaires, échues pendant sa jouissance ;

2o. Il a laissé prescrire une grande partie des créances de la dite succession et a retiré des fonds placés, sur avis

1889.
Dorion & Dorion.

du conseil de famille, dans le capital de la mise en cause, et n'a fait aucun emploi ou placement de ces fonds ; au contraire, il se les est appropriés, sous le prétexte que l'auteur de la succession lui devait des sommes d'argent dont il ne lui avait rendu aucun compte ;

3o. L'état de fortune du défendeur a changé depuis la constitution de l'usufruit et il s'est défait de la plus grande partie de ses biens ; a hypothéqué les autres pour des montants considérables et sa fortune est dans un état de délabrement tel que le défendeur n'offre plus aucune garantie aux demandeurs.

Le défendeur oppose d'abord une dénégation générale et plaide spécialement que la propriété qui a été vendue, pour taxes municipales et scolaires, n'appartenait pas à la succession de son auteur ; que cette propriété venait de la succession de son père et a été vendue sur cette dernière succession. Il admet avoir reçu de la mise en cause une somme de $2,000 sur les placements qui avaient été faits au comptoir de cette dernière, mais il prétend qu'il était dans son droit en retirant cette somme ; et que s'il n'en a pas fait le placement plus tôt, c'est qu'il attendait d'autres versements qui devaient être faits plus tard afin de placer le tout à la fois ; en troisième lieu, le défendeur admet qu'il a vendu ses propriétés les plus considérables, mais il prétend que cette vente n'a été faite que pour qualifier son acquéreur à se porter caution dans une cause pendante en appel, qu'il a depuis gagnée, et que conséquemment cette vente ne comporte pas une aliénation véritable ; que comme matière de fait il est redevenu après le jugement en appel, en possession de ses propriétés. Le défendeur nie les actes de maladministration qu'on lui reproche, et prétend posséder des biens plus que suffisants pour garantir les demandeurs de sa bonne administration.

La Cour de première instance a maintenu la défense et on demande la révision de ce jugement.

On a prétendu, à l'argument, que la dispense de cautionnement contenue dans l'acte constitutif de l'usufruit, relève le défendeur de l'obligation de fournir le caution-

nement demandé. La dispense de fournir caution n'est pas nécessairement irrévocable. Cette dispense, disent les auteurs, est une faveur purement personnelle à celui qui la reçoit, puisqu'elle n'est fondée que sur la considération de la personne de l'usufruitier, ou de ses moyens de fortune. Il n'y a que lui, dit Proudhon (2, p. 342), qui puisse en profiter ; au point qu'il ne pourrait en transmettre le bénéfice à d'autres.

Ainsi, ajoute l'auteur, en supposant que l'usufruitier qui a reçu cette dispense vient à tomber en faillite, les syndics de ses créanciers ne peuvent s'en prévaloir ni se refuser à la prestation du cautionnement pour l'avenir.

Au reste, malgré que l'usufruitier soit entré en jouissance avec dispense de cautionnement, il peut être encore mis dans l'alternative et forcé d'en fournir un ou de souffrir la mise en séquestre : 1o. dans le cas où il a mal versé dans sa jouissance de manière à porter un préjudice notable au nu-propriétaire ; 2o. si, même sans n'avoir commis aucun abus dans sa jouissance au préjudice du propriétaire, il devient insolvable.

Dans ces cas, les tribunaux peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou exiger le cautionnement, ou le séquestre. Ils peuvent même ordonner la rentrée du nu-propriétaire dans la jouissance des biens, sous la condition de payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit devra cesser. (C. C. 480).

Ce point étant établi il ne reste qu'une question de fait à décider :

1o. Le défendeur a-t-il mal administré ?

2o. A-t-il cessé, depuis la constitution de l'usufruit, d'offrir les garanties nécessaires pour sa bonne administration ?

SUR LE PREMIER POINT :

Les actes de mauvaise administration qu'on lui reproche résultent du fait qu'il a laissé vendre, pour taxes municipales et scolaires et pour une somme minime, un immeuble de la succession ; qu'il a négligé de faire le place-

1889.
Dorion & Dorion.

ment des capitaux qu'il a retirés, et en troisième lieu qu'il a laissé prescrire des créances de la succession.

A la mort du testateur un inventaire a été fait. Parmi les biens légués s'est trouvé un emplacement situé au village de St-Eustache. Le défendeur a pris, en sa qualité de légataire en usufruit, possession de cet immeuble comme de tous les autres biens inventoriés. Il admet dans son témoignage avoir payé pendant longtemps les charges sur cet immeuble qui, dit-il, lui était plus onéreux que profitable. L'immeuble a été saisi par la municipalité, pour taxes municipales et dans les avis publiés il appert que la saisie a été pratiquée sur la succession de feu Jacques Dorion *actuellement vacante.* Le défendeur a connu cette vente et il déclare qu'il ne s'y est pas opposé, attendu qu'il savait que l'immeuble ne provenait pas de la succession de son frère.

Le premier devoir de l'usufruitier est de veiller à la garde et à la conservation des objets compris dans l'usufruit. Cet immeuble a été légué en usufruit par feu Charles Zéphir Dorion, et porté dans l'inventaire de la succession acceptée par le défendeur. Cette acceptation a été suivie d'une possession ouverte et continue de la part du défendeur. Il ne lui est plus permis maintenant de contester le titre constitutif de son usufruit ; que la vente faite à Charles Zéphir Dorion par le curateur de la substitution, Jacques Dorion, soit sujette à discussion, c'est là un point à régler entre les intéressés dans cette substitution, et cette Cour n'a rien à y voir pour le moment.

Comme je viens de le dire, l'immeuble a été reçu et accepté par le défendeur comme faisant partie des biens de la succession de Charles Zéphir Dorion ; il est obligé de le maintenir dans cette succession pendant la durée de son usufruit et le rendre aux nus-propriétaires à son extinction.

Le défendeur a laissé vendre cet immeuble pour des taxes qu'aux termes de l'article 471 du Code Civil, il était tenu de payer. C'est là un acte de mauvaise administration que les demandeurs sont en droit de lui reprocher.

1889.

Dorion & Dorion.

Le défendeur a, en outre, reçu de la mise en cause une somme de $2,000 sur un placement de $11,000, que l'administrateur de la succession avait fait sur avis et du consentement du conseil de famille. Il admet n'avoir fait aucun emploi de cette somme. Après avoir plaidé qu'il attendait, pour faire le placement voulu, qu'il eût retiré les autres versements à venir, il répond sous serment qu'il a retiré ce montant pour se rembourser de certaines sommes d'argent que son frère a retirées pour lui en sa qualité de procureur et dont il ne lui a point rendu compte.

Il en est des capitaux légués comme des immeubles, l'usufruitier est obligé de veiller à leur conservation. Le devoir du défendeur était de faire le placement de ces capitaux ; s'il a des créances à exercer contre la succession de son frère, il les fera valoir en temps et lieu et avec ses légitimes contradicteurs, mais il ne lui est pas permis de se rendre justice à lui-même, et de se payer sur et à même les capitaux qui lui ont été légués en usufruit, de ses prétendues créances contre son auteur, à l'insu et hors la connaissance des nus-propriétaires, et sans même avoir fait la preuve de l'existence de ces créances.

C'est un autre acte de mauvaise administration dont le défendeur s'est rendu coupable et pour lequel il peut être recherché en justice.

Quant aux créances qu'il a laissé prescrire, les explications que le défendeur donne dans son témoignage sont peu satisfaisantes. Il paraît n'avoir fait aucune diligence contre les débiteurs ; au contraire quand on lui demande s'il a exercé des poursuites contre certains d'entr'eux ; il répond : "Pas si bête de faire des frais dans " l'intérêt des enfants de mon frère."

Il nous paraît sur le tout que l'administration du défendeur, comme usufruitier, n'est pas celle du bon père de famille, et qu'il a été plus soigneux de ses propres intérêts que de ceux des nus-propriétaires. Or, la loi l'oblige à étendre sur les biens des nus-propriétaires, la vigilance qu'il porte à la conservation de ses propres biens.

1889.
Dorion & Dorion.

On a prétendu que la solvabilité du défendeur est diminuée depuis la constitution de l'usufruit. Je ne trouve pas la preuve assez certaine sur ce point pour donner raison aux demandeurs. Il est vrai que le défendeur a aliéné certains de ces immeubles qui avaient le plus de valeur, mais cette aliénation n'a été que momentanée ; elle a été faite pour qualifier les acquéreurs à se porter caution dans des procès que le défendeur a gagnés depuis. Le contrat contient une clause résolutoire pour le cas où le cautionnement deviendrait inutile.

Nous sommes d'avis, sur le tout, que les actes de mauvaise administration reprochés au défendeur ont été prouvés ; que l'action était bien fondée et que le jugement de première instance est erroné ; le défendeur, nonobstant la dispense de cautionnement contenue au testament de Charles Zéphir Dorion, est tenu, en raison de sa mauvaise administration, de fournir une caution, et à son défaut de le faire, les biens qu'il a reçus en usufruit devront être mis sous séquestre.

Le jugement de la Cour en première instance est en conséquence renversé avec dépens des deux cours.

The judgment of the Court of Review was as follows :

" La Cour etc.....

" Considérant que le défendeur, légataire en usufruit de feu Charles Zéphir Dorion, est poursuivi par les nus propriétaires, qui demandent la déchéance de son usufruit, et subsidiairement qu'il soit tenu de donner caution de sa bonne administration, et, à défaut, que les biens soient mis sous séquestre, et cela en raison de sa mauvaise administration et de son insolvabilité survenue depuis la mort du testateur ;

" Considérant que le défendeur plaide que le testament le dispense de donner cautionnement, et nie les actes de mauvaise administration qu'on lui reproche, et qu'il est devenu insolvable ;

" Considérant qu'il est prouvé que le défendeur a laissé vendre pour des taxes municipales et scolaires, qu'en

qualité d'usufruitier il était tenu de payer, un immeuble porté à l'inventaire de la succession de Charles Zéphir Dorion, parmi les biens composant son usufruit; que l'excuse donnée par le défendeur, savoir, que cet immeuble provient de la substitution de feu Jacques Dorion et est tombé irrégulièrement dans celle du dit Charles Zéphir Dorion, ne compète pas au défendeur, qui ne peut plaider contre son propre titre;

" Considérant que le défendeur a pris possession de cet immeuble, en sa qualité d'usufruitier et en a eu la jouissance publique et continue à ce titre; que la loi l'oblige à le maintenir dans la succession du dit Charles Zéphir Dorion jusqu'à l'expiration du dit usufruit et de le rendre aux nus propriétaires;

" Considérant que le défendeur est non recevable à faire juger sur le litige actuel, la validité du titre en vertu duquel le dit Charles Zéphir Dorion est devenu propriétaire du dit immeuble; que cette question doit être jugée entre les parties intéressées dans la substitution du dit feu Jacques Dorion;

" Considérant que le défendeur a non-seulement négligé de collecter des créances de la succession du dit feu Charles Zéphir Dorion, mais en a laissé prescrire une partie par sa faute; que la preuve de cette négligence ressort du témoignage même du dit défendeur;

" Considérant que le défendeur a retiré de la mise en cause une somme de $2,000 sur un placement de $11,000 que l'administration de la dite succession avait fait au comptoir de cette dernière; qu'il n'a pas fait emploi de cette somme et la retient illégalement, sous le prétexte qu'il lui est dû par la dite succession, des sommes d'argent que le dit Charles Dorion a retirées pour lui en sa qualité de procureur;

" Considérant que le défendeur n'a pas prouvé cette prétendue réclamation;

" Considérant que les actes de mauvaise administration reprochés au défendeur sont prouvés; que le défendeur ne jouit pas en bon père de famille des biens sujets à l'u-

1889.
Dorion & Dorion.

sufruit et s'est rendu passible de la déchéance demandée par l'action ;

" Considérant que malgré la dispense de cautionnement contenue au testament de feu Charles Zéphir Dorion, le défendeur est tenu, en raison de sa mauvaise administration, de fournir le cautionnement requis par l'action ; et adoptant les conclusions subsidiaires de la déclaration ;

" Considérant que les demandeurs ont prouvé les allégués essentiels de leur déclaration et que le défendeur n'a pas prouvé ceux de sa défense ;

" Considérant qu'il y a erreur dans le jugement dont la révision est demandée, et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu ;

" Vu l'article 465 du code civil, condamne le défendeur à donner sous huit jours de la signification du présent jugement aux demandeurs, bonne et suffisante caution de sa bonne administration des biens dont l'usufruit lui a été légué par feu Charles Zéphir Dorion, par son testament reçu le 5 juin 1871, devant Mtre C. H. Champagne, notaire, et témoins, et par un autre testament fait en la forme anglaise par le dit Charles Zéphir Dorion, le 18 juin 1871, et confirmant le dit testament du 5 juin ; et à défaut par le dit défendeur de donner telle caution dans le dit délai seront les dits biens mis en séquestre suivant la loi ;

" Et condamne le dit défendeur aux dépens tant de la Cour Supérieure que de cette Cour de Révision, distraits, etc.

" Déclare de plus que le présent jugement sera exécutoire, nonobstant appel." (1)

(1) On the 16th February, 1889, the security offered was rejected by the following judgment (Loranger, J.) :—

" Le soussigné, Juge de la Cour Supérieure, pour la Province de Québec, ayant entendu les parties sur le cautionnement offert par le défendeur, examiné les pièces de procédure, lu la preuve et délibéré ;

" Attendu que le défendeur, légataire en usufruit de feu Charles Zéphir Dorion, avec dispense de cautionnement, a été en raison de son abus de jouissance, condamné à donner caution de sa bonne administration future, et offre comme caution, le nommé Lauzé qu'il a qualifié en lui ven-

May 23, 1889.]

1889.

Dorion & Dorion.

Pagnuelo, Q. C., for the appellant:—

L'usufruitier dispensé de donner cautionnement ne peut être privé de cette dispense que dans le cas d'insolvabilité caractérisée ou d'abus de jouissance qui donne lieu à de justes soupçons de malversation.

" La simple transformation, disent Aubry et Rau (Vol. II. § 229, p. 478) des objets soumis à l'usufruit résultant, par exemple, soit du rachat d'une rente, soit de la vente par licitation et par expropriation forcée d'un immeuble, ne serait pas suffisante pour autoriser le nu-propriétaire à exiger une caution. Il pourrait seulement, en pareil cas, et à supposer en outre que l'usufruitier, dispensé de fournir caution, ne présentât pas une solvabilité de nature à écarter tout sujet de crainte sérieuse, demander, soit le remploi immédiat du capital de la rente rachetée ou du prix de vente, soit l'établissement de mesures conservatoires destinées à en garantir la restitution lors de la cessation de l'usufruit." (id. note 32:) " La dispense de donner caution équivaut de sa nature à caution; et comme celui qui a constitué l'usufruit a pu prévoir le ra-

dant pour ce seul objet, deux immeubles situés, l'un à St-Eustache et l'autre à St-Jérome;

" Considérant que le défendeur ne peut être relevé de l'obligation de fournir caution, qu'à la condition de donner en nantissement un gage suffisant, ce qu'il n'offre pas;

" Considérant qu'aux termes des articles 464 et 465 mis en rapport avec l'article 1963 du code civil, à défaut de cautionnement, les biens soumis à l'usufruit doivent être mis sous séquestre; que le code n'indique aucun autre mode de remplacer le cautionnement en matière d'usufruit;

" Considérant que le cautionnement offert ne présente aucune garantie additionnelle, vu qu'il est prouvé qu'en dehors des immeubles cédés au dit Lauzé pour les fins uniques de ce cautionnement, il ne possède aucune fortune et aucuns biens personnels;

" Considérant que la solvabilité de la caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières comparées à la valeur des biens sujets à l'usufruit;

" Considérant qu'il appert par les certificats d'enregistrement produits que les immeubles vendus au dit Lauzé par le défendeur, sont hypothéqués au montant de $13,813 outre les intérêts à échoir, et n'offrent pas aux demandeurs une garantie suffisante;

" Refuse le cautionnement offert par le défendeur."

1889.
Dorion & Dorion.

chat de la rente ou de la vente de l'immeuble pour les causes indiquées au texte, rien ne prouve que, dans sa pensée, la dispense de caution dût cesser par l'effet seul de ces faits juridiques." (Arrêts cités.)

Nous ferons remarquer qu'il n'y a pas eu ici aliénation d'immeuble, que tous les immeubles sont encore existants, et quant à la fortune mobilière, la seule en question en cette cause, le testateur a voulu que l'appelant en jouit sans donner caution.

10 Demolombe, No. 500, p. 433, parlant du rachat d'une rente perpétuelle ou d'un prix de vente retiré par l'usufruitier, dit: " Si donc l'usufruitier était évidemment solvable, et si les nus-propriétaires ne pouvaient alléguer sérieusement aucune crainte, nous croyons que la dispense de la caution devrait être maintenue dans le cas où il s'agirait d'un ensemble de biens, d'un usufruit universel."

(id. No. 505.) L'usufruitier pourrait être admis à fournir, à défaut d'une caution, soit un gage soit une hypothèque.

Sirey, 26, 2, 231. Paris 6 janvier 1826, (Chaussé) C. N. 8, 2, 173—D. P. 26, 1, 186, jugé: l'insolvabilité notoire de l'usufruitier d'une succession ne suffit pas pour le faire contraindre au paiement des sommes qu'il doit à la succession ou à donner caution pour leur sûreté, lorsque l'usufruit lui a été donné avec dispense de caution.

Voir aussi Sirey, 80, 2, 77, Aix, 12 juin, 1879 (Martiny).

id. 77, 2, 181, Paris, 15 juin, 1877. (La Couture).

id. 79, 2, 332, Aix, 31 janvier, 1879. (Collé).

La question d'insolvabilité étant écartée même par la Cour de Révision, l'appelant ne doit pas être privé de la faveur que le testateur lui a accordée, et le jugement de la cour de première instance qui a débouté l'action avec dépens, doit être rétabli comme conforme aux faits et à la justice.

J. E. Faribault, for the respondent.

DORION, Ch. J., delivered the judgment in appeal, which reversed the judgment in Review for the following reasons :—

1889.

Dorion & Dorion.

" La Cour, etc.....

" Considérant que feu Charles Zéphir Dorion a par son testament reçu devant Mtre. C. H. Champagne, notaire, et témoins, le 5 juin 1871, fait son frère Jean Baptiste Théophile Dorion, l'appelant en cette cause, son légataire en usufruit, et l'a dispensé de fournir le cautionnement requis par la loi, lequel testament a été confirmé par un autre testament du 10 juin 1871 ;

" Et considérant que rien ne fait voir que le testateur ne connaissait pas, lorsqu'il a fait son testament, l'état de fortune de l'appelant, et que rien ne fait voir non plus que cet état de fortune ait subi depuis le décès du dit Charles Zéphir Dorion des changements notables, ni que le dit Jean Baptiste Théophile Dorion a abusé de son usufruit de manière à mettre en péril les droits des intimés, et à justifier une cour de justice d'interposer son autorité pour exiger un cautionnement dont le testateur l'a dispensé ainsi qu'il avait droit de le faire ;

" Et considérant qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal comme Cour de Révision le 31 janvier 1889 ;

" Cette Cour casse et annule le dit jugement du 31 janvier 1889, confirme le jugement rendu par la Cour de première instance, et renvoie l'action des intimés avec dépens tant en Cour de première instance que sur l'appel (*Dissentiente* l'hon. M. le juge Tessier.)"

Judgment of C. R. reversed.

Pagnuelo, Taillon & Bonin, attorneys for appellant.

J. E. Faribault, attorney for respondent.

(J. K.)

February 26, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

ABRAHAM JACOBS,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

HOWARD RANSOM ET AL.,

(*Plaintiffs in Court below*),

RESPONDENTS.

Fraud—Sale of insolvent estate by assignee—Collusion between persons who had tendered—Remedy of creditors—Distribution of amount recovered as damages.

HELD:—1. Where a person who had tendered for the purchase of an insolvent estate, and who had put in two bids, and acting in collusion with the insolvent, bought off a higher bidder in order that his own lowest tender might be accepted; that this artifice was a fraud upon the creditors of the estate, and they, or any one of them, might recover from such bidder the amount of damage caused thereby to the estate.

2. That two or more independent firms, creditors of the insolvent, may unite in such action, and claim one money condemnation.

3. But the amount recovered in such action is an asset of the estate, and must be distributed as such, and cannot be wholly paid to the creditors who instituted the suit.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (WURTELE, J.), November 12, 1887, condemning the appellants to pay $806.08. The judgment of the Court below was as follows:—

"The Court, etc.....

"Seeing that the general effect of the evidence, written and oral, adduced in this cause, shows, and leads to the full conviction, that the defendant and the said Hyman Vineberg and Israel Vineberg, who being insolvent, had made an assignment for the benefit of their creditors, had

fraudulently combined together to put a *bonâ fide* bidder for the stock and other assets of the said insolvents out of the way, and thus acquire the same at a lower price for the benefit of the said insolvents and to the detriment of their creditors, and that this was done with the connivance of the assignee Robert Wm. McFarlane:

"Seeing that the defendant, in order to get rid of the bid made by one Norman Burr Gould under the name of 'K. Fuller,' offered and paid him the sum of $100 to induce him to withdraw the same, representing to him at the same time that in any event he could not acquire the said stock and assets as higher bids had been purposely put in;

"Seeing that having got rid of the said Norman Burr Gould's bid of 47½c. on the dollar, the defendant subsequently acquired the said stock and assets in the interest and for the benefit of the said insolvents for 41c. on the dollar, having withdrawn all the higher bids above alluded to;

"Seeing that the said stock and assets were valued at $12,401.21, and that the difference of 6½c. on the dollar between the price at which the defendant acquired the same and the amount of Norman Burr Gould's withdrawn bid caused a loss to the creditors of $806.08, and a corresponding benefit to the insolvents:

"Considering that the defendant is responsible for the damages thus caused by his positive act and fault, and that the plaintiffs as creditors of the said insolvents were entitled, as well for themselves as for the benefit of such other creditors as might join them in the suit, to demand the amount of such damages, and are now entitled to recover the same from the defendant, doth grant the said motion and allow the production of filing or the said deposition;

"And adjudicating on the merits of the cause;

"Doth condemn the defendant to pay to the plaintiffs the said sum of $806.08, with interest thereon from the 8th of October, 1885, until payment, and the costs of suit."

1889.

Jacobs & Ransom.

Jan. 18, 1889.]

D. Macmaster, *Q.C.*, and *Hutchinson*, for the appellant.
D. Girouard, *Q.C.*, for the respondents.

Feb. 26, 1889.]

CROSS, J. (for the Court) :—

In 1883 a firm of Vineberg & Brother, composed of Hyman Vineberg and Israel Vineberg, carried on business as well at Cornwall as at Carleton Place, in Ontario. On the 15th September, 1883, they, as co-partners and as individuals, made an assignment of their estate, property and effects to one R. W. Macfarlane, of Cornwall, in trust for the benefit of their creditors, as provided by the local laws of the province of Ontario. Macfarlane gave the usual public and other notices for the sale of the property and effects of their estate, requiring tenders to be sent in by the 25th of October, 1883, up to which date some eleven tenders had been received, among which was one from the appellant offering 41 cents on the dollar of the inventory price of the goods. The tenders were opened in the presence of the appellant, of the two Vinebergs, and other parties. There were only two of the tenders lower than that of the appellant, and a third at the same rate as that of the appellant, viz., 41 cents on the dollar. Some of these tenders were in fictitious names, among which was one in the name of K. Fuller for 47½ cents on the dollar—really put in by a bidder of the name of Norman Burr Gould, a responsible party, who had also a bid in his own name for 37 cents on the dollar. The highest bid was 65 cents on the dollar.

Although there were seven bids higher than that of the appellant, the estate was, by Macfarlane, awarded to him on the ground that his was the best bid of those who presented themselves who were willing to carry out their offers. On the matter being thus closed, the appellant remitted the possession of the estate back to the insolvents, Vineberg & Brother, giving the transaction the appearance of the bid made by the appellant being in the interest and for the benefit of the Vinebergs. The price

1889.

Jacobs & Ransom.

of the assets so adjudged was paid, and in due course distributed among the creditors. Ransom, Forbes & Co. and Turner, Rose & Co. being each creditors for considerable amounts,—and being dissatisfied with the conduct of the Vinebergs, each severally, on the 29th of April, 1884, caused a writ of *capias* to issue against the Vinebergs for secreting their estate, and after a protracted *enquête* and hearing, these writs of *capias* were both confirmed by judgment rendered on the 7th of January, 1885.

The present action was afterwards, on the 3rd of October, 1885, brought by the above named two creditor and a third creditor, a firm of John Calder & Co., who combined to seek a remedy against the fraud they conceived to have been operated by the insolvency of the Vinebergs and the disposal of their estate. In their declaration they set forth the secreting of their estate by the Vinebergs, the *capias* proceedings against them, and fraud in the disposal of the assets, which they claim was brought about by the fraudulent connivance of the appellant, the Vinebergs, and Macfarlane, the trustee, whereby the assets, that were worth $12,000, were disposed of to the appellant, but really for the insolvents, the Vinebergs, for $4,957.42. They therefore claimed that the amount whereof the creditors were thus defrauded should be paid to them and to such creditors as joined them in the suit; all of which allegations of fraud and wrong-doing on the part of the appellant he denied, maintaining that the purchase by him of the assets of the estate was fairly and honestly made for himself, and that his restoration of the assets to the insolvents was a joint adventure entitling him to a share of the profits to be realized therefrom. On the proof made, the judge of the Superior Court found the plaintiffs' case made out to the extent of $806.08, for which he awarded them judgment.

Jacobs has appealed from this judgment, and we are called upon to decide on its validity. Objection was taken to the remedy sought not being competent to creditors, but we have already maintained several actions on

1889.
Jacobs & Ransom.

the same principle, a leading case being that of *Boisseau & Thibaudeau*, 7 Leg. News, 274. It is a beneficial remedy, and we are not disposed in this particular to go back on our decisions.

On the proof on the merits of the case, it is apparent that the bids were so previously arranged that in case the appellant did not succeed on the bid in his own name he could avail himself of a higher fictitious bid, put in for him under another name, and claim the purchase in that name, by the connivance of the person (his friend) in whose name that bid had been made; while, if on opening the tenders it was found that there was no intervening independent bid, the fictitious bid, that is, the one put in for the appellant in another name, had only to be repudiated or abandoned to allow of the appellant being left without a competitor and getting the estate at his own bid. This plan should have worked to perfection in the appellant's interest had it not been that another party, viz., the above mentioned Norman B. Gould, seemed to have understood the plan equally as well as the appellant. Gould put in two tenders—one in his own name for only 37 cents in the dollar, and another in the name of K. Fuller for 47½ cents in the dollar. The latter bid consequently stood in the way of Jacobs' getting the estate; so that in order to get rid of Gould's bid in the name of K. Fuller, Jacobs adopted the expedient of buying off Gould's bid in the name of Fuller, thus enabling Jacobs to secure the estate for 6½ cents in the dollar less than Gould might have been forced to pay for it. This clearly caused a damage and loss to the creditors to the amount for which the judgment is rendered. Jacobs himself admits the payment of this money, and it is distinctly proved by Gould, who declares that he was ready to pay even a higher price for the estate.

Macfarlane does not appear to have been very much alive to the interest of the creditors. His procedure in at once exposing who the bidders were, opened the door to the execution of the fraud contemplated by the double or false bidding.

Adding to the cost the additional amount Jacobs is condemned to pay in this suit, he appears to have got a very good bargain of the estate. The case is redolent of fraud; he may be thankful that he has not a larger amount to pay. The judgment of the Superior Court is confirmed.

There will be a modification permitting of the deposit of the money into court for distribution. The respondents asked it to be paid to them and to such other creditors as should join them in the suit before and up to judgment. We think it should be distributed among all the creditors the same as other assets of the estate, and it will be so ordered.

The judgment is as follows:—

"The Court, etc.....

"Considering that the judgment rendered in this cause by the Superior Court at Montreal, on the 12th of November, 1887, is correct and well founded in fact and in law, save as to a modification in the particulars following, to wit, the last *considérant* and the *dispositif* of the said judgment are struck out, and the following substituted:—

"Considering that the defendant is responsible for the damage thus caused by his positive act and fault, and that the plaintiffs, as creditors of the said insolvents, were entitled as well for themselves as for the benefit of the other creditors of the said insolvents, to demand the amount of such damages, and are now entitled to recover the same from the defendant, doth grant the said motion and allow the production and filing of the said deposition; and adjudicating upon the merits of the cause, doth order and condemn the defendant, within 15 days after the service upon him or his attorney of record of the present judgment, to pay into the hands of the prothonotary of the Superior Court for the district of Montreal, the said sum of $806.08 with interest thereon from the 8th of October, 1885, and that, in default of his so doing, execution may issue against him at the instance of the plaintiffs, directed to the sheriff of the district, to levy the said

1889.
Jacobs & Ransom.

amount, with interest and costs, from and out of the property of the defendant, and to return and deposit the same to and in the hands of the said prothonotary, in order that in either case the same may be distributed in due course of law as of the proceeds of an insolvent estate, and that failing the plaintiffs to do diligence in conformity herewith, the rights of any other creditor or creditors are hereby reserved to have the said sum so deposited and distributed in due course of law; and said judgment so rendered by the said Superior Court at Montreal, on the said 12th of November, 1887, is modified accordingly, and as so modified is confirmed with costs as well of the said Superior Court as of this Court, said costs to be taxed in this Court as in a cause of the second class."

Judgment modified.

Macmaster, Hutchinson, Weir & Maclennan, for appellant.
Girouard, de Lorimier & de Lorimier, for respondents.
(J. K.)

November 20, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

CORPORATION OF THE CITY OF SHERBROOKE,

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

JOSEPH DUFORT,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Incorporated City—C.S.C. ch. 85, s. 3—Damages resulting from neglect to maintain road—Limitation of three months need not be pleaded.

HELD:—1. Section 3 of C.S.C., ch. 85, (R.S.Q. 4616, § 3) applies to the City of Sherbrooke; and no action of damages thereunder can be main-

tained unless brought within three months after the same have been sustained.

2. The Court is obliged to apply the prescription though not pleaded by the defendant.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, district of St. Francis (BROOKS, J.), Dec. 22, 1887, condemning the appellant to pay $125 damages for the value of a horse, drowned in St. Francis river within the limits of the city of Sherbrooke. The judgment was as follows:—

"The Court, etc.....

"Considering that the plaintiff hath proved the material allegations of his declaration, and that the place on the highway where the accident occurred by which he lost his horse, was a dangerous place which should have been guarded by a hand rail, and which hand rail would have prevented the accident by which said horse was drowned, and that the fact of its being such a dangerous place is proved by the accident having occurred there; that said road was not fenced on either side, was narrow and not protected on the westerly side, except by alder bushes, through which plaintiff's colt, being frightened, passed into the river, and that the provisions of Art. 787 of the Municipal Code, apply to said highway at the place of said accident, and that the said defendants are responsible to plaintiff for the damage sustained by him as complained of by him in his declaration, doth adjudge and condemn defendants to pay plaintiff the sum of $125, the value of said colt, with interest thereon from the 22nd of December, 1887, and costs of suit, *distraits*, etc."

Sept. 25, 1889.]

H. B. Brown, *Q. C.*, for the appellant, after contending that the judgment was unfounded on the merits, submitted that the action was prescribed, under the provisions of section 3 of C. S. C. ch. 85, more than three months having elapsed after the accident before the institution of the suit. This ground of defence had not been pleaded, but was specially set up in the reasons of appeal. The

1889.

Corp. Sherbrooke & Dufort.

case of *Corporation of Quebec & Howe*, 13 Q. L. R. 315, was referred to.

Bélanger, for the respondent, contended that the limitation should have been pleaded, and that this ground of defence could not now be invoked by the appellant. The present case did not fall within Art. 2267, C. C., because it was not a case mentioned in Articles 2250, 2260, 2261, 2262, C. C.

It was further contended that the three months' limitation did not apply to the case, because Sherbrooke is not an incorporated town or city within the meaning of ch. 85, C. S. C., inasmuch as it was not created a town by special Act; and the Municipal Code should apply. It was true that in 1875, the town applied for new powers, and a special Act of incorporation was obtained, 39 Vict. (Q.) ch. 50; but it remained subject to the dispositions of the Municipal Code as regards all matters not provided for by the special Act, and the maintenance of roads was one of the matters as to which the special Act was silent. Therefore, the prescription of two years, under Art. 2261, C. C., should apply.

BOSSÉ, J. (for the Court) :—

Le présent appel est d'un jugement condamnant l'appelante à payer la valeur d'un cheval appartenant à l'intimé, et qui se serait noyé dans la rivière St François où il serait tombé de la rue Windsor, dans les limites de la cité, et qui, à cet endroit, longe la rivière.

Le demandeur allègue, que l'accident est dû au manque de garde-fous à cet endroit, et à la négligence de la défenderesse qui n'aurait pas pris les précautions ordinaires et nécessaires pour la sûreté publique.

En appel, pour la première fois, la corporation a invoqué la prescription de trois mois du chapitre 85 des Statuts Refondus du Canada.

Les propositions par l'intimée soumises sont :

1o. Que ce statut n'est pas applicable à la corporation de la cité de Sherbrooke parce que, quant à cette matière,

la cité de Sherbrooke est régie par les dispositions du code municipal.

2o. Que cette prescription n'est pas une prescription absolue, et que la défenderesse ne l'ayant pas invoquée par ses défenses en Cour Supérieure, le tribunal d'appel ne peut ni la suppléer, ni la recevoir, lorsqu'elle ne forme pas partie des plaidoiries écrites.

La première question n'offre guère de difficultés.

La cité de Sherbrooke a été incorporée par acte spécial, 39 Vict. chap. 50. Cet acte après avoir érigé en corporation de cité, la ville de Sherbrooke existante jusqu'alors en vertu d'autres statuts, pourvoit à la division de la cité en quartiers, au mode de représentation de ces divers quartiers dans le conseil de la cité, donne un système spécial d'élection de conseillers, de contestation d'élections, d'imposition et perception des taxes municipales, et confère à la corporation les pouvoirs qui paraissaient nécessaires à son organisation et à son fonctionnement. Enfin, et, probablement au cas où quelque chose aurait pu avoir été omis dans cette longue énumération de pouvoirs, il est statué, section 48, que le code municipal sera applicable pour toutes les matières auxquelles il n'est pas pourvu par cet acte.

De là il résulte que la corporation de la cité de Sherbrooke doit son existence à cet acte, et que c'est en vertu de cet acte qu'elle est créée corporation et non en vertu des dispositions du Code municipal. Certaines parties du Code sont bien rendues applicables à la corporation, mais parce qu'elles sont incorporées dans l'acte spécial dont elles forment partie, on ne peut pas dire pour cela que le code municipal, comme code, est la loi qui régit la cité. Il en est d'ailleurs exclu par l'article premier du code qui le rend inapplicable aux cités et villes incorporées par acte spécial.

D'ailleurs la section 48 en déclarant que les dispositions du code municipal s'appliqueront dans tous les cas où la charte de la ville ne contiendra pas de dispositions spéciales est encore sans effet pour la présente cause, pour la raison que le code municipal ne pourvoit pas à la pres-

1889.

Corp. Sherbrooke & Dufort.

cription pour les actions en recouvrement des dommages de la nature de ceux réclamés.

Il faut partant déclarer que le chapitre 85 s'applique à la cité de Sherbrooke.

Quant à la question de savoir si la Cour doit déclarer acquise la prescription édictée par ce statut lorsque cette prescription n'est pas plaidée, je crois que nous ne pouvons hésiter. Les termes de la loi sont impératifs : " La " corporation sera responsable des dommages pourvu que " l'action soit intentée dans les trois mois après les dom- " mages soufferts." Ainsi, pas de responsabilité, et partant pas d'action après les trois mois. Après ce laps de temps la loi dénie l'action.

La Cour ne pourrait sans violer la loi l'admettre dans une action *ex parte*, parce que le statut déclare que telle action n'existe pas, et le fait que la défenderesse aurait comparu et plaidé d'autres matières ne saurait créer un droit d'action qui sans ces défenses n'aurait pas existé.

Mais, nous dit-on, l'article 2188 du Code Civil dit : " Les tribunaux ne peuvent pas suppléer d'office le " moyen résultant de la prescription, sauf dans les cas où " la loi dénie l'action," et d'après ce texte si les tribunaux ne peuvent pas suppléer d'office la prescription dans les cas où la loi dénie l'action, ils le peuvent dans les cas où la loi ne dénie pas l'action. C'est pour eux un pouvoir facultatif que leur donne cet article.

Ce raisonnement ne me parait pas pouvoir être adopté.

Le chapitre 85 dénie l'action, et il n'est plus loisible aux tribunaux de la recevoir.

D'ailleurs, le mot " peuvent " de cet article, doit se lire comme signifiant " doivent," autrement il faudrait déclarer lettre morte l'article 2267, et déclarer aussi lettre morte le chap. 85, cependant reconnu par l'article 2268.

L'on objecte encore que la défenderesse en plaidant au fond à l'action a reconnu le droit d'action.

La réponse est, que l'on ne peut pas reconnaitre l'existence d'une action qui n'existe pas en loi. Il faudrait pour que l'action pût être maintenue, non une simple reconnaissance de ce droit inexistant, mais un nouveau

contrat qui créerait le lien de droit et ferait naître une obligation nouvelle, et ce serait cette seule nouvelle obligation qui pourrait faire la base de l'action.

Je n'ai pu trouver le rapport de la cause *Lamontagne & Dufresne*, mentionnée par Mr. le Juge Ramsay dans ses rapports de décisions de la Cour d'Appel, colonne 545. Il a dû y avoir là une inadvertance singulière, et qui ne peut être attribuée à un juge dont la science et la précision de langage font l'admiration de tous. Il doit y avoir eu erreur dans la correction des épreuves.

La Cour d'Appel a, au contraire, dans la cause de *La Corporation de Québec & Howe*, 13 Q. L. R. 315, appliqué la prescription de ce même statut chap. 85, quoiqu'elle n'eût pas été invoquée en Cour Supérieure ; et la Cour Suprême a, dans les deux causes de *Breakey & Carter* (Cassell's Rep. 256) et *Dorion & Crowley* (*Idem*, p. 420) déclaré que les courtes prescriptions du code doivent être appliquées en appel quoique non invoquées par la partie devant le tribunal de première instance.

La jurisprudence est ainsi fixée, et nous devons renvoyer l'action, mais comme dans les causes citées, sans frais en faveur de la défenderesse.

Si elle avait invoqué ce moyen en Cour Supérieure, le demandeur se serait probablement désisté de son action, et aurait évité les frais de l'instruction ; à tout évènement le jugement de la Cour Supérieure aurait renvoyé l'action et les frais de l'appel n'auraient pas été encourus.

Je dois ajouter qu'à mon avis la corporation était, dans l'espèce, responsable du dommage causé, et sauf la prescription acquise, devait être condamnée. Ce n'est qu'avec regret que je me vois forcé de renvoyer l'action. Cette loi est dure, elle devrait probablement disparaître de nos statuts, mais elle s'y trouve, et nous ne pouvons nous refuser d'en faire l'application.

TESSIER, J., (*diss.*) considered that the right to invoke prescription had been renounced by the appellants. On the merits, his Honor was of opinion that the judgment should be confirmed.

1889.

Corp. Sherbrooke & Dufort.

The judgment is as follows :—

" La Cour, etc.....

" Considérant que par la section 3 du chapitre 85 des Statuts Refondus du Canada, il est pourvu que si la corporation municipale d'une cité ou d'une ville incorporée, néglige de réparer et d'entretenir une route, rue, ou grand chemin, située dans les limites de la municipalité, telle corporation sera responsable de tous les dommages éprouvés par suite de cette négligence, pourvu que l'action pour recouvrement de ces dommages soit intentée dans les trois mois après les dommages soufferts ;

" Et considérant que l'intimé en cette cause n'a pas intenté d'action contre la corporation de la cité de Sherbrooke dans les trois mois de la date à laquelle il a souffert les dommages dont il se plaint par son action ;

" Et considérant que par l'article 2188 du Code Civil les tribunaux ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription sauf dans les cas où la loi dénie l'action ;

" Et considérant que d'après les termes du statut ci-dessus cité, l'intimé n'avait plus d'action après les trois mois expirés à compter de la date à laquelle il avait souffert les dommages dont il se plaint ;

" Et considérant que cette interprétation est conforme à l'article 2267 du Code Civil, qui déclare complètement éteintes les réclamations ou créances pour injures corporelles en vertu de l'article 2262 du Code Civil, lorsque l'action n'a pas été intentée dans les délais fixés par cet article ;

" Et considérant qu'en vertu du statut et du dit article, la corporation appelante n'était pas obligée d'invoquer la prescription fixée par le statut ci-dessus cité, et qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour de première instance, savoir la Cour Supérieure pour le district de St. François le 22me jour de décembre 1887, cette Cour casse et annule le dit jugement ;

" Mais considérant que l'omission de la part de l'appelante d'avoir invoqué en cour de première instance le

moyen de défense résultant du chapitre 85 des Statuts Refondus a occasionné des frais considérables tant en Cour inférieure qu'en Cour d'appel, l'appel de la corporation appelante est maintenu, et l'action de l'intimé est renvoyée, chaque partie payant ses frais tant en Cour de première instance qu'en Cour d'appel. (*Dissentiente* l'hon. Juge Tessier.)"

Judgment reversed.

Ives, Brown & French, for appellants.

Bélanger & Genest, for respondent.

(J. K.)

November 27, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, BABY, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

HENRY W. RAPHAEL ès-qual.,
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

JAMES MACFARLANE,
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Shares subscribed for by mandatary "in trust" — Necessity of acceptance or ratification by the cestui que trust.

HELD:—(CROSS and CHURCH, JJ., *diss.*), That a complete and valid investment in trust cannot be created until the same has been accepted or ratified by the *cestui que trust*, or some one duly authorized in his behalf; and until so accepted, such investment may be revoked by the person who made it. And so, where the father of a minor, who was not her tutor, invested monies belonging to her in shares of a joint stock company, "in trust," and afterwards sold the same, and invested the proceeds otherwise, it was held that no valid trust having been created for want of acceptance in behalf of the minor, her tutor (subsequently appointed) had no right to recover such shares from the purchaser, who had bought them in good faith and paid full value; and in the circumstances, there being no valid trust, the question whether the purchaser had notice of a supposed trust was immaterial.

1889.

Raphael & Macfarlane.

Sweeney v. *Bank of Montreal*, 12 Can. S. C. R. 661; (in Privy Council) 10 Leg. News, 250; L. R., 12 App. Cas. 617, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (TAIT, J.), April 20, 1888, dismissing the appellant's action.

The following is the judgment of the Court below :—

"The Court etc.....

"Considering that at the time of the formation of the Major Manufacturing Company, the defendant Gibb subscribed for and was allotted forty shares in the stock of said company, of the par value of $100 each, one subscription and allotment being for thirteen shares to which the words "in trust" were added to his signature at the time of subscribing, another being for twenty-four shares to which the words "in trust" were not added at time of subscribing, but were subsequently added by defendant, at what date is not proved, but for the purpose as stated by him of protecting said shares from seizure by his creditors; and another being for three shares to which the words "in trust" were never added to his signature in the original subscription list;

"Considering that the said thirteen shares represented the sum of $1,315.67 (less $15.67) which then stood at the credit of "Estate Gibb" in the books of the firm of Major & Gibb, in which defendant Gibb was a partner, and that the other twenty-seven shares represented the sum of $2,668.56 which then stood at the credit of defendant Gibb in the books of the said firm, as being his share in the capital and profits thereof;

"Considering that the evidence as to the source from which the said sum of $1,315.67 originally came is imperfect, that even if he did borrow said sum from his said wife as appears to have been the case, he had full control thereof, and never received it for investment on behalf of said minor Helen Raphael Gibb;

"Considering that it is not sufficiently proved that any part of said sum of $2,668.56 belonged to the said minor;

that whatever money defendant Gibb received from the estate of the late Beniah Gibb was so received as one of the residuary legatees under his will, and if any part of said money went into the firm of Major & Gibb it went in as the money of Gibb; that no entry in the books of Major & Gibb has been proved going to establish that any money so received went into said firm as belonging to said defendant's late wife or to their minor child; that the only evidence is the statement of Gibb, who, after repeatedly declaring that he could give no definite information on the subject, asserts in effect that $1,583 of said sum of $2,668.56 was received from Beniah Gibb's estate and belonged to said minor child, but seeing the general character of his evidence, and that his statement is not corroborated, and that he is unable to give dates or particulars, such statement is not sufficient evidence to justify the Court in holding that a sum of $1,583 belonging to said minor formed part of said sum of $2,668.56;

"Considering that there were two capital stock accounts opened in the ledger of the Major Manufacturing Company, one in the name of defendant Gibb in trust, in which he is credited with the sum of $2,700 as representing so much plant, merchandise, and cash put by him into said company, and another in which estate Gibb is credited with $1,300 by balance of merchandise;

"Considering that plaintiff has not caused to be produced the original stock certificates issued to defendant Gibb for said forty shares of stock, or made any evidence whatever as to whether, when said stock was issued to him, there was any trust whatever disclosed by which parties dealing with said defendant Gibb with respect to said stock would be put on their guard, and that in fact no stock was subscribed for, or allotted, or issued under the name of estate Gibb as would appear to be suggested by said account under that name, and it is not proved that any was issued in the name of defendant Gibb in trust;

"Considering that there is not sufficient evidence to hold that defendant Macfarlane had notice before he

1889.
Raphael & Macfarlane.

purchased, accepted, and paid for, said forty shares that there was any trust connected with them; that there is no evidence that he ever actually saw the said subscription list or the said two accounts; that although he had access to the books of the company and may have occasionally examined them, it is not to be inferred as a fact that he did see said accounts; that the existence of said subscription list and of said two accounts, in the absence of proof that defendant Macfarlane actually saw them, or that the stock was issued in conformity with the way said subscriptions and accounts were entered, was not a notice to defendant Macfarlane that any trust existed in connection with the said shares;

"Considering that the transfers of the three shares of said stock by defendant Gibb to defendant Macfarlane on the 20th of February, 1885, and of the thirty-seven shares of said stock by the same to the same on the 16th of March, 1885, were received by Mr. Bingham, the then bookkeeper of the company, who witnessed said transfers, and that no trust of any kind was expressed on said transfers at the time they were received, or when defendant Macfarlane accepted them—and that it was only upon the representation of said Bingham that said transfers were irregular, and after defendant Macfarlane had paid for said stock, that the company through him wrote the letter, of date the 23rd March, 1885, asking defendant Gibb to come and make corrections therein, and that it was only after said letter was written, that defendant Gibb added the words "in trust" to said transfers;

"Considering that it is not proved that said transfers were executed fraudulently or collusively; that in fact said defendant Gibb had been the sole agent and mandatary of his late wife and of her estate, as is alleged in plaintiff's declaration, that he and Macfarlane were on unfriendly terms, and that defendant Gibb sold said stock because he no longer held office in said company and had no confidence in the management of defendant Macfarlane, and believed he was acting prudently in disposing of said stock and investing the proceeds else-

where, which he did, and said defendant Macfarlane acquired said stock in good faith, believing said defendant Gibb had a right to sell it;

"Considering that plaintiff *ès-qualité* has failed to prove the material allegations of his declaration:

"Doth dismiss plaintiff's action with costs, *distraits*, etc."

Sept. 19, 20, 1889.]

L. H. Davidson, *Q. C.*, and *F. S. Maclennan*, for appellant:—

The appellant submits that the proof establishes:

1st. The existence of a trust attaching to the stock in favor of the minor.

2nd. Notice to respondent of the trust.

By his marriage contract, Patrick Thomas Gibb settled $10,000, and whatever sums would accrue to him as one of the residuary legatees under the will of the late Beniah Gibb, upon his wife and her heirs. The gift of $10,000 was not paid at the time the marriage contract was executed or afterwards. Gibb's property would therefore stand charged with that sum in favor of his wife and her heirs.

The monies received from the estate Beniah Gibb were invested in the firm of Major & Gibb, in Gibb's own name.

The execution of the marriage contract with gifts in favor of his wife and her heirs, the entries in the books of the firm of Major & Gibb of an account of "Estate Gibb," representing money borrowed from his late wife and belonging to her estate, his subscription to the stock in trust, and the entries in the ledger of the Major Manufacturing Company, together with Gibb's declaration, that a portion of this money did not belong to him, constitute a complete creation and declaration of trust.

The acceptance of the trust by Gibb is clearly shown by his appropriating and setting apart the stock in the Major Manufacturing Company to the use of the trust for his child. He kept the stock under his control in

1889.

Raphael & Macfarlane.

trust, and endeavored to perform the duties of a trustee. Though not appointed tutor to his child's property at that time, his intention was to perform such acts as would best serve the interest of the minor. Gibb's intention must be gathered from his actions and the circumstances which attended his putting the words "in trust" to his subscription to the stock. The fiduciary character of the monies which purchased the stock had burdened it with a trust in favor of the minor, and the addition of the words "in trust" to the subscription sheet and ledger of the Company, was notice to all parties dealing with the stock that Gibb's holding was that of a trustee, and that he was not the absolute owner. He had not imposed any additional burden upon the stock or created a new trust; he had simply disclosed the true capacity in which he held the stock. He announced himself as a trustee. At the time, he was largely indebted to his wife's estate, as the gift of $10,000, made in the marriage contract, had never been paid, and this in addition to the monies borrowed from his late wife, and the monies which came from the estate Beniah Gibb, would exceed his total holdings at that time. It is therefore fair to argue that the whole of the stock in the Major Manufacturing Company, was considered by Gibb as being in trust for the minor.

On the question of notice to respondent of the trust, it is to be observed that the respondent was the managing director of the Major Manufacturing Company, had the management and supervision of all the details of the business, directed and controlled the office of the company and all its servants, and had access to and was responsible for the keeping of the books. Respondent frequently examined the books of the Major Manufacturing Company and of the firm of Major & Gibb, which were kept in the company's office.

The statement exhibit A5, showed the estate Gibb credited with $1,315.67 in the business of Major & Gibb.

This was the statement submitted by that firm to respondent at the date of the formation of the Major Manu-

facturing Company. All the accounts of Major & Gibb "were thoroughly gone into by respondent before the formation of the company," and it was a matter of general knowledge among the directors and officers of the Major Manufacturing Company, that Gibb held some property in trust for his wife or child. The accounts in the company's books showed there was some peculiarity about Gibb's holding, and the only rational conclusion that can be drawn from the evidence is that respondent had a knowledge of the existence of the accounts and entries in the books of both the firm of Major & Gibb and the Major Manufacturing Company, which showed that Gibb was not the absolute owner of the stock in question. In addition to this there is the testimony of Mr. Major, which establishes beyond all doubt that respondent knew of the trust.

The principle upon which the appellant relies is, that the shares being entered "in trust" upon the books of the Major Manufacturing Company, of which the respondent was himself in possession as managing director, constituted sufficient and complete notice to respondent that they were not Gibb's absolute property, and that the effect of such notice was to put respondent upon inquiry as to Gibb's right to sell the stock, before accepting transfer thereof.

Have the words "in trust" any special signification?

In *Bank of Montreal* v. *Sweeney*, L. R., 12 App. Cas. 617, the Lord Chancellor said:

"The Bank had express notice that as regards the pro-
"perty transferred to them, Rose stood to some person
"in the relation expressed by the words "in trust," and
"the only question is, what duty was cast upon the
"Bank by that knowledge. Their Lordships think it
"wrong to say that any less duty was cast upon them
"than the duty of declining to take the property until
"they had ascertained that Rose's transfer was authorised
"by the nature of his trust. In fact they made no in-
"quiry at all about the matter, following, as Mr. Bu-
"chanan says, the usual practice. So acting, they took

1889.

Raphael & Macfarlane.

"the chance of finding that there was somebody with a "prior title to demand a transfer from Rose, and as the "plaintiff is such a person they cannot retain the shares "against her claim. Their Lordships are led to this con- "clusion by the ordinary rules of justice as between man "and man, and the ordinary expectations of mankind in "transacting their affairs... Then it was argued that the "words 'in trust' do not show a title in any other per- "son, and that they might be merely a mode of dis- "tinguishing one account from another in the company's "books. Their Lordships think that *they do import an* "*interest in some other person*, though not in any specified "person. But whatever they mean, *they clearly show the* "*infirmity or insufficiency of Rose's title*; and those who "choose to rely on such a title cannot complain when "the true owner comes forward to claim his own."

See also *King* v. *Mitchell*, 8 Peters, 326; *Taylor* v. *Plumer*, 3 M. & S., p. 574; *Dixon* v. *Brown*, L. R., 32 Ch. D. 601, 602; *Re Hallett's Estate*, 18 Ch. D. 738; *Wormley & Wormley*, 8 Wheaton, 421; *Lench & Lench*, 10 Vesey, 517; *Mangles* v. *Dixon*, 3 H. L. 702, 732; *Shaw & Spencer*, 100 Mass. pp. 388, 389, 390, 393.

This stock being the property of Gibb's minor child, the sale to respondent is absolutely null and void for non-compliance with the formalities required by C. C. 297 and 42-43 Vict., (Q.) cap. 26, s. 1. No authorization of a Judge or the Court, was obtained for making these transfers. An illegal or simulated transfer can in no manner affect the rights of the minor, and it is immaterial to this view whether respondent has a knowledge of the trust or not.

A trustee has no implied power to sell, and where there is express prohibition, an unauthorized sale is of no effect. Biddle's Law of Stock Brokers, pp. 331 and 335.

Even though Gibb did act as the "sole agent and mandatary of his late wife and of her estate," as the Court below holds, yet he would not be entitled to dispose of the property of his minor child without authorization of law; and respondent having knowledge of the minority and of the death of the wife, (as would appear from the

1889.

Raphael & Macfarlane.

evidence), can hardly be held warranted in purchasing from the mandatary, and more especially when the stock appeared on the books of his Company "in trust" for some one.—The evidence however, shows that Mrs. Gibb had died long *prior* to the formation of the Major Manufacturing Company; and therefore her child had become by law, under her marriage contract, entitled to all benefit derivable by said Gibb from the estate of Beniah Gibb—and relatively to this stock the property of said child and not of Mrs. Gibb, there could have been no legal *mandat* in the said Gibb: nor could he deal therewith, not having then been appointed tutor to his child.

Further: had Gibb been simply a trustee for a person exercising his own rights, instead of trustee for a minor, his power to change the securities would still be subject to judicial control. Hill on Trustees, 482, says: "Where "any check is imposed upon the trustee by requiring "the previous consent of the tenant for life, or his con- "sent in writing, or the observance of any other formality, "the power will be improperly exercised unless the re- "quired condition is strictly performed."

Geoffrion, *Q.C.*, and *Smith*, for respondent:—

The respondent submits, in the first place, that there is no proof of any trust connected with the stock in question. As regards thirteen shares, though the evidence is hazy enough, the Honorable Judge remarks that it appears to represent a sum which the defendant Gibb had borrowed from his wife, and invested in his business, viz., in the business of the firm of Major & Gibb, of which he was a member. It was, however, a simple loan, and was not received under any direction for investment. As regards the twenty-four shares, which represented the amount standing to the credit of Gibb's capital account in the business of the firm of Major & Gibb, there never was any suggestion of any trust connected with it. It simply appeared as Gibb's capital, and when the Major Manufacturing Company was formed, he was allotted twenty-four shares in the stock of the company as representing this capital. They were not subscribed

1889.

Raphael & Macfarlane.

for "in trust," but in his own name merely. Subsequently Gibb got into financial difficulties, and added the words "in trust." As he explains it himself in his evidence: "The words 'in trust' were added in the following way. "At the time I added them I was owing some moneys "outside of my business, and I added the words 'in trust,' "so that in case that anyone came down on me they "could not touch this money, as a portion of it did not "belong to me." As regards the three remaining shares they never had nor have the words "in trust" or any other qualifying words appended.

In the second place, respondent submits that he had no knowledge that Gibb's ownership in the moneys represented by the stock in question was qualified in any way.

Respondent urges, in the third place, that even if the moneys, or a portion of them, represented by the stock in question, were the property of the estate Helen Gibb, it is clear that they were not held upon any special trust. The defendant Gibb had continued to manage all the affairs of his wife's estate after her death. He had never been appointed tutor to his minor child until long after the facts set up in the declaration. Acting as such sole mandatary and agent, Gibb had changed the investment of these funds from the commercial firm of Major & Gibb to the joint stock company, the Major Manufacturing Company. If it be suggested that defendant Gibb had no actual mandate, the answer is the averment in plaintiff's own declaration, which is a statement of the most positive character that Gibb was the sole mandatary and agent of the estate of his wife and of the property of the minor.

Respondent urges, in the fourth place, his absolute good faith throughout the transaction. No question whatever arose as to the title to the stock when it was sold, transferred and paid for. It is true that the stock was purchased at less than its par value, but it was the full value of the stock.

Plaintiff rested his case principally on the holding of

the Privy Council in the case of *Sweeney* v. *Bank of Montreal*, but respondent submits that the present case does not come under that holding at all. In that case, one James Rose pledged to the Bank of Montreal shares which he held in trust for Miss Sweeney, to secure his private indebtedness to the Bank. The transaction was fraudulent upon its face. The Bank took as security for its its own claim stock that clearly appeared to be and was the property of a third party. The Chief Justice of the Supreme Court said: "I am quite prepared to adopt the "language of the Court in *Shaw* v. *Spencer* (100 Mass. 389), "'that where one, known to be a trustee, is found pledg- "ing that which is known to be trust property to secure "a debt of his own, the act is one, *primâ facie*, unautho- "rized and unlawful, and it is the duty of him who "takes such security to ascertain whether the trustee has "a right to give it.'" (12 Supreme Court Reports, 68).

CROSS, J. (*diss.*):—

This is an action by the tutor of the minor child issue of the marriage of defendant, Patrick Thomas Gibb, and the late Helen Raphael, to recover certain stock of the Major Manufacuring Company, held by defendant Gibb in trust for the minor, and transferred, in breach of his trust, to respondent.

From 1879 to 1st of February, 1884, the defendant Gibb and Edward J. Major were partners in the firm of Major & Gibb. Gibb married Miss Helen Raphael in January, 1880, after executing a marriage contract, of record, by which he made over to her and her heirs, *inter alia*, a gift of $10,000, household furniture, and all monies coming to him as one of the residuary legatees of the estate of the late Beniah Gibb. Gibb received from this estate subsequent to his marriage, various sums of money at different times. In November, 1880, Helen Raphael died intestate, leaving the minor child, Helen Raphael Gibb, her sole heir at law. In the books of the firm of Major & Gibb, a portion of the money therein invested, $1,315 67, was credited to estate Gibb; the rest appears to

1889.
Raphael & Macfarlane.

have been included in a different account. This did not include the money that Gibb had received from the Beniah Gibb estate subsequent to his marriage.

In February, 1884, the business of Major & Gibb was merged into a joint stock company, under the name of the Major Manufacturing Company, the partners in the former company, for their capital, receiving an equivalent in shares of the Major Manufacturing Company. To effect this, the defendant Gibb subscribed for three allotments of stock;

1st. Thirteen shares in his name "in trust," representing $1,300. 2nd. Twenty-four shares in his own name, representing $2,400. 3rd. Three shares in his own name, representing $300.

The thirteen shares were distinctly subscribed for "in trust." It is not made clear that the additional shares were subscribed for in trust, but subsequent to the subscription, the words "in trust" appeared appended to the name.

In the ledger of the Major Manufacturing Company, this stock was credited at the formation of the company in two accounts;—"P. T. Gibb in trust," $2,700, and "Estate Gibb," $1,300.

Respondent was appointed managing director of the company, which position he held from its formation till after the transfers.

On the 20th February, 1885, Gibb transferred three shares of this stock to respondent, and on the 16th March, 1885, he transferred to respondent the remaining thirty-seven shares.

Appellant contends by his action that the forty shares of stock were held by Gibb in trust for his minor child; that respondent knew of the existence of the trust, and received them with notice of the infirmity of Gibb's title, and that appellant, as the tutor of the minor, has the right to recover the possession of the stock.

Respondent contests, and alleges in his pleas that the stock was acquired by him in good faith; that no trust attached to the stock.

1889.

Raphael & Macfarlane.

It seems to me that it is sufficiently shown by the books of both firms that a part of the interest in the capital of both firms transferred from the firm of Major & Gibb to the joint stock manufacturing company, consisted of trust monies kept in a separate trust account; that the fact of keeping one account in his own name and another in the name of the estate Gibb, formed a presumption that the latter was not his own, and what was meant by the estate of Gibb could be easily ascertained. If any doubt existed on the subject, it at any rate implied that this was not the account of P. T. Gibb. It is also made manifest that he was receiving money which belonged to his minor child; had a right to invest it for her, and if he put it into the account "Estate Gibb," it showed that some one else, not him, was the creditor. In fact, it appears to have been well known among the directors that Gibb held, if not the whole, at least part of the interest he represented in the Major Manufacturing Company, for his minor child. It was in fact so entered and represented in the books of the company, and having money belonging to her, the entry of it in the books in a name by which she was represented, made it a matter of contract between her and the company, not between Gibb and the company. I think it is sufficiently proved that the respondent knew that the credit which represented those thirteen shares belonged to the minor. (See Bingham's evidence, p. 39, l. 28 to 31.) All the accounts were thoroughly gone into by Mr. Macfarlane, before the formation of the company, that is the accounts of Major & Gibb, before the formation of the Major Manufacturing Company. (The same at page 33, from line 13 to 30.) It was well known among the directors that Gibb held in trust for his child. Mr. Macfarlane inspected the books, and at different times ran through the accounts. As vice-president and managing director, he was in a position where he must have known, and in fact is proved to have known that the value representing the thirteen shares in question belonged to the minor Gibb, and consequently that the shares subscribed for in trust to

1889.
Raphael & Macfarlane.

represent them, were the property of the minor; and being aware of this fact, he was bound to know that such shares could not be sold without the authorization, in due course, of a judge or the prothonotary, on the advice of a family council. (See Art. 297, C. C.)

I think, therefore, the respondent acquired no right to the thirteen shares by the transfer thereof made to him by P. T. Gibb, and that he must return the shares, or make them good, and that the judgment of the Superior Court as regards these thirteen shares should be reversed.

The respondent seems to have doubted the regularity of the transfer as at first made to him by Gibb, because on the 23rd March, 1885, he required by letter that Gibb should add to his signature the quality in which he held the shares, viz., "in trust." He thus gave significance and importance to the quality of "trust," in which Gibb held these shares.

In support of the opinion thus arrived at, I would cite the case of *Bank of Montreal* v. *Simpson*, 10 L. C. R., p. 225. The same case, 11 L. C. R., p. 377; 5 L. C. J., p. 169; 6 L. C. J., p. 1; *Sweeney* v. *Bank of Montreal*, 12 Supreme Court Reports, p. 661.

CHURCH, J. :—

I fully concur in the observations of Mr. Justice Cross, and in the conclusions at which he has arrived.

BOSSÉ, J. :—

Il s'agit d'une action portée par l'appelant Raphaël en sa qualité de tuteur à l'enfant mineure de Patrick Thomas Gibb, l'un des défendeurs, pour faire déclarer nulle la vente de quarante actions au capital actions de la compagnie "The Major Manufacturing Co.," que Gibb aurait tenu en fidéi-commis pour son enfant, et qu'il aurait sans droit vendues à McFarlane, l'autre défendeur.

La déclaration allègue en substance, que les actions réclamées avaient, lors de la formation de la compagnie, été prises par Gibb comme fidéi-commissaire de son enfant et pour l'avantage de cette dernière; qu'elles lui

appartenaient, que la vente en avait été faite par Gibb à McFarlane, au préjudice de la mineure, sans droit aucun, que l'acheteur connaissait l'existence du fidéi-commis, et avait acheté sachant que le père n'avait pas le droit d'aliéner ce qui appartenait à sa fille.

Gibb n'a pas défendu à l'action et McFarlane seul a plaidé.

Il allègue qu'il n'y a jamais eu de fidéi-commis en faveur de l'enfant de Gibb, que si le mot *in trust*, sans dire pour qui, a été écrit par Gibb en regard de sa souscription aux actions, cela n'a été fait par Gibb que pour soustraire ces actions aux poursuites de ses créanciers personnels, et qu'il avait toujours été le seul porteur de ces actions ; enfin que lui, McFarlane, avait acquis de bonne foi sans la connaissance d'aucun fidéi-commis et que la vente était bonne.

Le dossier est assez volumineux, mais les faits importants de la cause peuvent se résumer comme suit :

En janvier 1880, Gibb avait contracté mariage avec Demoiselle Helen Raphaël, et par son contrat de mariage il lui avait fait don d'une somme de $10,000, de ses meubles de ménage, et de tout ce qui pourrait lui revenir comme légataire de feu Beniah Gibb.

Rien ne fut payé lors du contrat, mais Gibb formait alors partie de la société Major & Gibb, et ayant de 1880 à 1883 reçu divers argents de la succession Beniah Gibb, au lieu de les remettre à sa femme ou à son enfant et héritier tel qu'il s'y était obligé, par son contrat, il en plaça une partie, $1,315.67, dans les affaires de la société Major & Gibb, et en fit créditer dans les livres de la société la succession Gibb. Il ne parait pas clairement s'il a reçu d'autres sommes ni ce qu'il en a fait.

Madame Gibb était morte sans testament, laissant pour seule enfant et héritier, la mineure à laquelle le père d'abord, et ensuite, immédiatement avant l'institution de l'action, et sans que nous sachions pourquoi, le demandeur Raphaël, en remplacement du père, a été nommé tuteur. C'est ce dernier qui porte l'action dont il s'agit au nom de la mineure.

1889.

Raphael & Macfarlane.

En février 1884, les affaires de la société Major & Gibb furent amalgamées avec celles du défendeur McFarlane, et toutes deux furent réunies pour former une société par actions sous le nom de "The Major Manufacturing Co." Gibb y prit trois fois des actions : treize actions, représentant $1,300, en fidéi-commis, *in trust*, sans dire pour qui. Vingt-quatre actions, égales à $2,400, en son nom personnel, mais auxquelles plus tard il ajouta dans les livres en regard de son nom les mots *in trust*, sans encore dire pour qui ; et trois actions égales à $300 encore en son nom, et qui sont restées depuis sans changement ni addition.

Ce sont là les quarante actions dont il s'agit, que Raphaël réclame comme ayant toujours appartenues à la mineure, et que Gibb n'avait pas eu, dit-il, le droit de vendre à McFarlane parce qu'il ne les tenait que comme fidéi-commissaire de l'enfant.

La prétention repose en entier sur le fait que ces actions ont été acquises par le père pour son enfant mineure avec les argents appartenant à cet enfant, que la mineure, propriétaire des actions dès l'origine, avait toujours continué de l'être, et que le père, tuteur ou non à cette époque, n'avait pas eu qualité pour les aliéner.

Il ne peut y avoir discussion quant aux trois actions prises en dernier lieu. Elles ont toujours été au nom personnel du père, et le demandeur n'a pas établi qu'elles ont été achetées avec les argents de la mineure, ou pour elle, ou qu'elle y ait jamais eu un intérêt. Ces trois actions doivent être partant élaguées.

Quant aux vingt-quatre actions il y a bien la prétention qu'elles ont été achetées par le père, débiteur de sa fille, et pour payer ce qu'il lui devait. Mais le fait est qu'elles ont été souscrites par le père en son nom seul, sans mention de sa fille ni d'un fidéi-commis quelconque, et Gibb interrogé quand et comment les mots *in trust* ont été écrits à la suite de la mention de ces actions dans les livres, admet que ces mots n'ont pas été écrits lors de la souscription des actions, qu'il les a originairement souscrites en son nom et sans mention de fidéi-commis,

1889.

Raphael & Macfarlane.

et ce n'est que plus tard que désirant soustraire ces actions aux poursuites de ses créanciers, il a ajouté les mots *in trust*, et que depuis les actions ont paru être tenues par lui en cette qualité. Evidemment qu'il n'y a pas eu là appropriation de ces actions en faveur de l'enfant, que cette déclaration frauduleuse n'a rien changé à la propriété des actions, qu'elles sont restées la propriété de Gibb, et il faut comme pour les trois premières les élaguer du débat.

Reste les treize actions originairement souscrites *in trust*.

Nous avons vu que Gibb, débiteur de sa femme des sommes que par son contrat de mariage il avait promis lui donner, avait mis dans les affaires de la société Major & Gibb, une somme de $1,315.67, et que dans les livres de cette société cette somme était créditée au nom de la succession Gibb. Elle correspond à $15.67 près, aux $1,300, montant des treize actions souscrites *in trust*.

Gibb nous dit que ce sont les mêmes sommes, et que ce qui appartenait d'abord à sa femme et, après le décès de cette dernière, à sa fille, dans la société Major & Gibb a été, lors de l'amalgamation, placé par lui pour sa fille dans la nouvelle compagnie (The Major Manufacturing Co.) ; enfin que les mots *in trust* écrits lors de la souscription de ces actions, l'ont été pour assurer à sa fille son droit de propriété.

Tout ceci peut être parfaitement vrai, mais il ne s'en suit pas que le fidéi-commis ait été créé en faveur de la mineure et qu'elle soit devenue propriétaire de ces treize actions.

Si le père devait à sa femme, et s'il avait placé dans la société Major & Gibb les $1,300, que nous avons vues au crédit de la succession Gibb, il a bien pu vouloir ainsi payer à sa femme ou à sa fille un à compte sur sa dette. Plus tard en prenant les treize actions *in trust* et en les faisant entrer dans les livres de la compagnie pas au nom de sa fille, mais encore sous le nom de la succession Gibb, il a voulu faire continuer le même état de choses, mais il n'en est pas moins vrai que le placement de ces

1889.

Raphael & Macfarlane.

$1,300, dans les affaires de la maison Major & Gibb n'était pas un paiement. Tout au plus la femme d'abord et la fille après le décès de sa mère étaient créancières de la société pour cette même somme, et rien autre chose.

Or cette créance de la fille contre la société Major & Gibb n'a pu par la seule volonté du père, même s'il était à cette date tuteur de son enfant, être convertie en la propriété d'actions dans la nouvelle compagnie par actions. Il fallait quelqu'un d'autorisé pour agir ainsi au nom de la mineure, et disposer ainsi de son bien. Le père ne l'était pas, et si nous prenons ce qu'il nous dit pour vrai et que nous admettions qu'en réalité ces treize actions étaient souscrites pour sa fille, il n'y avait pas là contrat entre lui et elle. Il y avait bien offre de sa part, mais la mineure n'avait pas accepté et personne ne l'avait fait pour elle. C'était tout au plus une simple manifestation de la volonté du débiteur telle qu'elle existait alors, mais qui pouvait être révoquée ou retirée par lui en tout temps avant acceptation par l'enfant. Le contrat ne devenait parfait que si l'enfant devenue majeure, ou son tuteur pour elle durant sa minorité, trouvait la transaction avantageuse et l'acceptait. Dans le cas contraire ils pouvaient la répudier, et avant l'acceptation le *trust* n'était pas complet.

En fait le père, comprenant peut-être qu'il n'y avait pas là contrat entre lui et sa fille, a retiré ce qu'il avait fait.

Les actions dans la compagnie représentaient la valeur du matériel appartenant à Gibb dans la société Major & Gibb et qu'il avait apporté dans la compagnie, et dont il prenait paiement en actions de cette compagnie.

Le placement était mauvais, les actions souscrites au pair étaient dépréciées, et Gibb les a vendues à McFarlane pour 65 cents dans la piastre, prix qu'il a reçu de l'acheteur. Il s'est retiré de la compagnie et a placé cet argent dans ses nouvelles affaires pour sa fille et au lieu et place des actions vendues pour elle.

Si, comme je viens de le dire, la souscription des actions *in trust* pouvait en raison de défaut d'acceptation être révoquée, le père a légalement fait cette nouvelle opé-

ration en révoquant avant l'acceptation ; mais même en admettant qu'il avait pu par sa seule volonté créer le fidéi-commis, créer le *trust*, il a pu par cette même volonté le déplacer. Dans les deux cas c'est la même volonté et le même pouvoir qui ont agi, et ils ont dû produire le même effet.

Tout ce qui précède peut également s'appliquer en outre des raisons déjà données aux 24 actions et aux trois actions.

Il en résulte que la vente des 40 actions au défendeur McFarlane était légale et que l'action portée par le tuteur, parent collatéral, nommé peut-être dans le but exprès de faire répudier l'acte du père, ne peut être maintenue. Si elle l'était, McFarlane aurait payé pour des actions dont il se trouverait dépouillé ; d'un autre côté la mineure deviendrait propriétaire de ces actions, et en sus, des soixante-cinq cents dans la piastre, prix de ces mêmes actions, et que son père tient pour elle et en son nom dans ses nouvelles affaires.

Dans ces circonstances il est inutile de discuter l'autre prétention du demandeur, savoir : la connaissance que McFarlane pouvait avoir du fait que les actions avaient été souscrites *in trust* et étaient entrées aux livres au nom de la succession Gibb. Ces faits sont sans importance à mon point de vue.

L'on a beaucoup insisté sur la cause de *Sweeny et la Banque de Montréal*, mais elle est sans application à l'espèce. Les faits sont entièrement différents : il y avait eu là acceptation du placement fait *in trust*.

Judgment confirmed,
(Cross and Church, JJ., diss.)

Macmaster, Hutchinson, Weir & Maclennan, attorneys for appellant.

Maclaren, Leet, Smith & Smith, attorneys for respondent.

(J. K.)

19 janvier 1889.

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH, DOHERTY, JJ.

ADOLPHE OUIMET,
(*Demandeur en Cour Inférieure*),
APPELANT;

ET

THE CANADIAN EXPRESS CO.,
(*Défenderesse en Cour Inférieure*),
INTIMÉE.

Voiturier—Responsabilité—Dommages—Preuve.

JUGÉ :—1o. Qu'un voiturier est responsable des avaries et dommages que souffrent les marchandises confiées à ses soins, lorsqu'il ne peut prouver qu'ils sont imputables à force majeure ;

2o. Que la preuve de la force majeure et celle du vice de la chose même, si le voiturier l'invoque, incombe à ce dernier ;

3o. Qu'un voiturier qui fait un contrat pour transporter des marchandises à un endroit éloigné et qui en reçoit le prix, est responsable de ces marchandises jusqu'au lieu de leur destination, nonobstant qu'a moitié chemin, il aurait délivré ces effets à un autre voiturier pour les rendre au lieu convenu, du consentement du propriétaire.

L'appelant était cessionnaire de partie d'une patente pour mettre perpétuellement d'accord les pianos de toutes sortes. Cette découverte avait pour principe le système de la balance. Pour le faire connaitre au public, Ouimet fit faire, à grands frais, un piano *cottage* contenant cette invention. Au bout de chaque corde du piano se trouvait un petit poids d' une livre à une livre et demie pesant, lequel était sur un double levier, ce qui permettait de lui donner une tension considérable sur la corde ou de la relacher, suivant l'effet qu'on lui donnait par le double levier. Chaque poids était renfermé dans un compartiment séparé. Pour obvier à la pesanteur, on avait enlevé du piano la table de fonte qui y devenait inutile. Une fois d'accord et les poids placés, le piano restait perpétuellement d'accord, malgré les transitions du chaud au froid.

1889.

Ouimet & Can. Express Co.

Une fois cet instrument de musique terminé, Ouimet fit, avec l'intimé, un contrat de louage pour le transporter à Boston, il paya le coût du transport, et lui livra le piano en bon ordre; il fut aussi convenu que le piano serait livré à Portland à la *Portland Steam Packet Company* pour être transporté par eau à Boston. Une fois arrivé à Boston, le piano fut dépaqueté à la douane, ainsi qu'à l'endroit où il devait être livré. En le sortant de la boîte, on le trouva en ruine, plusieurs morceaux étaient cassés sur le devant, en arrière et de chaque coté; les roulettes étaient brisées; les poids étaient arrachés, rien ne tenait de l'invention, et le piano devenait inutile à son propriétaire.

De là l'action en dommages pour $5,430.

L'intimée plaida: 1o. Que le piano avait été expédié du consentement de l'appelant, *via* Portland, qui n'était pas la route ordinaire de l'intimée, de sorte que cette dernière n'était pas responsable; 2o. Que lors du contrat, Ouimet n'avait pas averti la compagnie que le piano contenait une invention patentée, qu'au contraire le piano fut livré comme piano ordinaire; 3o. Que la dite invention était tellement compliquée qu'il était impossible de transporter ce piano sans accident; 4o. Enfin que le piano était mal empaqueté.

La Cour Supérieure débouta l'action avec dépens. Voici ce jugement (MATHIEU, J., 25 juillet 1887):

"La Cour, etc.....

(*Faits de la cause.*)

"Considérant que les dommages faits au dit piano ne peuvent s'expliquer que par l'action de ces poids dans l'intérieur du piano et leur pesanteur; que ces poids pouvant être mis en mouvement par le balancement ordinaire des voitures, ont dû causer le dommage à l'intérieur du piano, et que leur grande pesanteur a dû déterminer la rupture des roulettes sous le piano; que cette rupture des roulettes a probablement aussi amené les autres dommages qui ont été constatés sur le dessus du piano et au porte-musique;

"Considérant que par l'article 1675 du Code Civil, les

1889.
Ouimet & Can. Express Co.

voituriers ne sont pas responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées que dans le cas où ils ne prouvent pas que la perte ou les avaries ont été causées par cas fortuit ou force majeure, ou proviennent des défauts de la chose elle-même ;

"Considérant qu'il résulte de la preuve faite en cette cause que les dommages sont le résultat du défaut du piano lui-même, qui ne pouvait être transporté dans l'état où il était en laissant les poids à l'intérieur, et avec un certain espace pour le mouvement ;

"Considérant que le demandeur aurait dû faire emballer ce piano d'une autre manière pour le transporter à une si grande distance, et que les poids auraient dû être séparés du dit piano ;

"Considérant que l'action du dit demandeur est mal fondée :

"A maintenu et maintient les défenses de la dite défenderesse, et a renvoyé et renvoie l'action du demandeur, avec dépens, distraits, etc."

Sept. 24, 1888.]

J. J. Beauchamp, pour l'appelant :

1RE QUESTION : *Responsabilité de l'intimée jusqu'à Boston.*

La meilleure preuve du contrat qui a été fait entre les parties est, sans aucun doute, le reçu même, qui habituellement sert de connaissement, que la compagnie a remis à M. Ouimet. Or, à la face même de ce reçu, l'on trouve que le lieu de destination convenu a été Boston *via Portland*. Ces derniers mots ne font qu'indiquer que l'intimée s'obligeait à expédier la marchandise par cette voie. Que pourraient-ils vouloir dire autre chose, puisque le seul lieu de destination convenu, d'après le reçu, est Boston ?

De plus, ce qui est concluant, la compagnie s'est fait payer le prix du transport de Montréal à Boston. C'est donc elle qui devait transporter le piano entre ces deux endroits, et il s'en suit que c'est elle qui est responsable quelque soient les agents ou sous-agents qu'elle ait pu employer. Autrement, les annonces de cette compagnie, sur le reçu même qu'elle livre aux expéditeurs, seraient

un piège. En effet, on y lit qu'elle expédie toutes sortes de marchandises à n'importe quel lieu du Canada, des Etats-Unis et même de l'Europe.

Une autre prétention de l'intimée c'est que sur le reçu il y a une clause qui dit, que la compagnie ne sera pas responsable du fait des personnes ou corporations auxquelles elle délivrera la marchandise pour être transportée, ces personnes ne devant pas être considérées comme ses agents. D'abord, dans l'espèce, pour faire valoir cette clause, si elle vaut quelque chose, l'intimée aurait dû commencer par prouver que ce n'est pas elle qui était en faute, mais la *Portland Steam Packet Company* qui avait transporté le piano de Portland à Boston. Loin d'avoir fait cette preuve, la présomption est que c'est l'intimée qui est en faute, puisque la compagnie de Portland n'a pas voulu recevoir la boîte contenant le piano sans mettre sur le reçu qu'elle délivra à l'intimée, le mot *Rattling*, ce qui indiquait que, dès lors, le piano n'était pas en bon état et condition. Mais, d'un autre côté, comment l'intimée pouvait-elle échapper à la responsabilité que lui impose la loi de tous les temps et de tous les pays par le seul fait d'en insérer sa volonté à cet effet sur le reçu qu'elle délivre à l'expéditeur ? Il n'y avait pour elle qu'un moyen, c'était d'en faire l'objet d'un contrat, c'est-à-dire de donner connaissance de la clause en question à l'expéditeur. C'est la doctrine et la jurisprudence.

Voir Code Civil, article 1676 ;

Allen v. *Woodward*, 1 Leg. News, 458.

Hutchinson on Carriers, p. 111 § 145, 146, p. 187, § 235, 236 ; *Gould* v. *Hill*, §. 237.

Angell on Carriers, ch. 6, p. 267, § 281 ; § 240, p. 198.

Marcadé, sous l'article 1786, II.

Grand Trunk v. *Atwater*, 18 L. C. J. 53.

2E QUESTION : *Ouimet n'a pas averti la compagnie que le piano contenait une invention.*

Sur la question de fait, la preuve démontre que Ouimet a fait ce qu'il devait faire. Il a averti l'intimée que ce qu'il voulait faire transporter à Boston, c'était un piano amélioré (*improved piano,*) contenant une patente ; que la

1889.
Ouimet & Can. Express Co.

chose était d'un grand prix ; qu'il fallait y apporter beaucoup d'attentions, qu'il ne voudrait pas pour vingt fois la valeur qu'il arriverait des accidents. Etait-il tenu de donner plus de détails ? Y a-t-il aucune loi qui l'y oblige ? L'appelant soumet humblement qu'il n'en connait aucune. Sera-ce l'article du Code Civil 1677 ? C'est dans tous les cas le seul que l'on peut invoquer. Mais cet article dit qu'il suffit de déclarer ce que le paquet contient, il n'exige pas que l'expéditeur donne tous les détails. De plus, cet article ne s'applique qu'aux sommes considérables en deniers, billets ou autres valeurs, à l'or, l'argent, aux pierres précieuses et autres articles d'une valeur extraordinaire, mais ne peut s'appliquer à un piano amélioré par une patente, autrement presque tous les articles y seraient soumis. Aujourd'hui, quelle est la montre, la machine à coudre, etc., qui n'est pas améliorée par quelque patente et qui pourtant se transporte tous les jours comme objet ordinaire.

Quoiqu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue que même si la prétention de l'intimée était maintenue, elle n'en serait pas pour cela complètement déchargée de toute responsabilite. C'est ici une question d'étendue de dommages. Si Ouimet n'a pas donné à la compagnie assez d'explications sur la patente contenue dans le piano à expédier, l'intimée ne sera tenue qu'à lui payer la valeur d'un piano ordinaire sans tenir compte de la valeur de la patente, voilà tout, mais elle ne devrait pas pour cela échapper à toute responsabilité.

Marcadé, sous l'article 1716, § II. "La doctrine et la "jurisprudence sont unanimement d'accord pour recon- "naître, et avec grande raison, que, dans le cas de perte "d'un objet, la responsabilité du voiturier s'étend à la "valeur totale de la chose perdue, pour tous autres objets "que de l'argent et des bijoux."

Montpellier, 28 août 1871 (Fév. 72,2, 14). *Jugé : Que les voituriers sont responsables de la perte d'objets et de valeurs renfermés dans une boîte et recommandés spécialement à leur surveillance, bien que l'expéditeur ait négligé de déclarer la nature*

et l'importance des valeurs et de les faire enregistrer. (*Benoit* v. *Gros.*)

Angell, on Carriers, ch. VI, p. 203, §213, où les mots *this side up with care* ont été jugés suffisants comme avertissement au voiturier que la boîte contenait des objets réclamant des soins particuliers; il est prouvé que la boîte dans laquelle était renfermé le piano de Ouimet portait ces mots: *This side up with care* écrits en grosses lettres noires.

Hutchinson, p. 203, §252; *Angell, on Carriers*, ch. VI, p. 203, §213; *Montpellier, Cass.* 18 *juin* 1833, S. V. 33-1-705; S. V. 29-1-163; *Paris*, 15 juillet 1834; S. V. 55-2-61; *Grenoble*, 29 août 1833, S. V. 34-2-622; Tours, 23 nov. 1847; *Marcadé*, art. 1786, II, p. 554.

Alex. Falconer pour l'intimée:—

It is submitted that under the contract, all that was required of defendants was delivery in good order at Portland. One of the conditions in the contract was: "Nor shall this company be liable for any default or "negligence of any person, corporation or association to "whom the above described property shall or may be "delivered by this company, for the performance of any "act or duty in respect thereto, at any place or point off "the established routes or lines run by this company, and "any such person, corporation or association is not to be "regarded, deemed or taken to be the agent of this com- "pany for any such purpose, but on the contrary, such "person, corporation or association shall be deemed and "taken to be the agent of the person, corporation or asso- "ciation from whom this company received the property "above described," and similar conditions have frequently been held binding.

The present case is much stronger than those referred to in the authorities. In the latter the connecting carrier was a carrier over whose lines all the business of the receiving company went. The present is different, the respondents had their regular line and connections through to Boston over which the piano could have been sent at their risk, had no special instructions been given. In

1889.
Ouimet & Can. Express Co.

order to save himself expense, plaintiff selected the route taken, express to Portland and thence by freight to Boston, and had to call at the wharf for the piano, instead of having it delivered to him as it would have been had the express company still been in charge.

The piano was not more than three days between Montreal and Boston, and there is clear proof that no harm was done to it, at least till it reached the hands of the Portland Steam Packet Company. After its delivery it was in plaintiff's possession four days before examination, and twice carted through the streets of Boston. It is much more likely that the piano was damaged then than while in defendants' possession, and plaintiff, not having made an examination at the time of delivery, was bound at least to show that no damage was done while the piano was in his possession till the examination. Any other rule would leave the door open to endless frauds against carriers. The law is very strict in throwing the whole burden on the carrier, the plaintiff having to prove but one fact, viz.: the bad order of the object when delivered; the least therefore that can be required of him is that he be held to strict proof of this fact, and be made to prove damages at the time of delivery and not several days after, specially when his goods have been subjected in the mean time to new risks.

There remains the third defence, viz.: that the piano was not as represented, and that the damage done was due to defect in the thing itself. There was misrepresentation and concealment on appellant's part sufficient to bar his claim. The piano was represented to be an ordinary piano, which it was not, and no proper disclosure was made of the nature of the attachment. Appellant's evidence goes to prove, not that the piano was an ordinary piano, but that it was no more difficult of transportation than an ordinary piano. This is not the question. The respondents should have been informed of the facts and allowed to judge for themselves.

Les autres questions ne sont que de fait, et dépendent

1889.

Ouimet & Can. Express Co.

de l'appréciation de la preuve. L'appelant prétendit n'avoir jamais reçu le piano de manière à décharger l'intimée : C. C. art. 1680 ; *Code de Commerce*, art. 105 ; *Cass.* 4 déc. 1871 ; Sirey, table de 1871, vo. *Voiturier*, No. 45 ; *Cass.* 27 août 1847, S. V. 47-2-511 ; *Cass.* 13 nov. 1867, S. V. 67-1-420 ; *Hutchinson*, on Carriers, p. 319, §393.

Le jugement de la Cour Supérieure fut renversé avec dépens, et la somme de $200 de dommage fut accordée à l'appelant par le jugement suivant :

"La Cour, etc.....

" Considérant que l'intimée a, le 8 février 1884, en la cité de Montréal, entrepris, pour un prix convenu qui lui a été payé, de transporter, de Montréal à Boston, viâ Portland, un piano qui lui a été remis par l'appelant en bon ordre et condition, et soigneusement emballé dans une caisse ;

" Considérant que, dans le trajet, entre Montréal et Boston, le piano a souffert des avaries considérables, lesquelles, d'après la preuve faite en cette cause, sont imputables à la faute et négligence de l'intimée, et à son manque de précaution, et non à cas fortuit ou force majeure, ou à quelque défaut dans le piano même, et, qu'au désir des articles 1675 et 1676 du Code Civil, l'intimée est responsable du dommage ainsi causé, par sa faute, à l'appelant, lequel dommage la Cour estime et évalue, d'après la preuve faite et les circonstances de la cause, à la somme de deux cents piastres ;

" Considérant que, dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure, à Montréal, le 25e jour de juin 1887, il y a erreur, cette Cour renverse le dit jugement, et, procédant à rendre le jugement que la dite Cour de première instance aurait dû rendre, condamne l'intimée à payer à l'appelant la somme de deux cents piastres, avec intérêts, à compter de ce jour, et les dépens, tant de cette Cour que de la Cour de première instance."

Jugement infirmé, Church, J., *diss.*

J. J. Beauchamp, avocat de l'appelant.

Robertson, Fleet & Falconer, avocats de l'intimée.

(J. J. B.)

January 19, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

WESTON F. MILLIKEN ES QUAL.
(Plaintiff in Court below),
APPELLANT;

AND

COME D. BOURGET
(Defendant in Court below),
RESPONDENT.

Uncertain bounds—Claim for trees cut—Evidence.

Where persons are occupying lands which have never been marked off by a regular survey, and one of them, instead of bringing an action *en bornage* to settle the limits of his property, sues a neighbour for the value of trees alleged to have been cut by him upon plaintiff's land, it is incumbent on the plaintiff to make it clear by positive testimony that the trees were in fact cut upon his land; and if, upon the reports of surveyors, uncertainty exists as to the limits of the respective properties, the doubt must be interpreted against the plaintiff. In the present case, moreover, the weight of evidence was in favor of the defendant.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, district of St. Francis (GILL, J.), September 12, 1887, in the following terms:—

"La Cour, etc.....

"Attendu que le demandeur, qui est propriétaire d'une certaine partie du lot No. 22 du dixième rang des terres du township de Windsor, dans le comté de Richmond, poursuit le défendeur en dommages et en revendication, alléguant que le dit défendeur, qui est propriétaire de l'autre partie du même lot de terre, ne s'est pas confiné aux limites de sa partie du dit lot, mais qu'il empiète sur la partie du demandeur où il aurait fait abattre et bûcher une grande quantité d'arbres dont il aurait enlevé le bois, qui est d'une valeur marchande de $467, que le demandeur réclame par son action; à quoi le défendeur plaide

en niant les faits, prétendant qu'il n'a jamais pris de bois en dehors des limites de sa partie du dit lot de terre ;

" Considérant que la véritable question à décider entre les parties est de connaître l'interprétation qu'il faut donner aux titres originaires qui sont de part et d'autre des ventes pour taxes municipales, savoir : pour la partie du terrain appartenant au défendeur : deux actes, le premier en date du 17 décembre 1858, vente par le comté de Richmond à l'Honorable Hollis Smith, trente acres dans le dit lot de terre, à prendre à son extrémité sud dans l'angle de l'est (to be taken off the south end and east angle of the lot), et le second du 16 décembre 1865, vente à George Etienne Rioux, de vingt-cinq acres dans le dit lot de terre, à prendre dans la partie nord ouest du dit lot et adjacente à la partie déjà vendue pour taxes à Hollis Smith, et pour la partie qui appartient au demandeur un acte de vente par le comté de Richmond, à Walter N. Cleveland, en date du 4 septembre 1867, de deux terrains en deux descriptions différentes, d'abord dix-neuf acres à l'autre extrémité du dit lot, puis cent trente-six acres constituant le reste du dit lot après déduction des dix-neuf acres susdits, et des trente acres vendus à Hollis Smith et des vingt-cinq acres vendus à Rioux ;

" Considérant que le titre de Hollis Smith comportant que les trente acres qu'il achetait étaient à l'extrémité sud du lot, dans l'angle est, c'est se conformer à cette description que de prendre la moitié de la largeur du lot à cette extrémité sur une profondeur suffisante pour former les trente acres, et que les vingt-cinq acres vendus à Rioux étant adjacents à ceux vendus à Smith au nord ouest, ils ne peuvent être pris que sur la largeur du lot, à partir de la moitié de cette largeur au point où s'arrêtent les trente acres vendus à Smith, et gagnant vers l'ouest jusqu'à la ligne latérale du dit lot, sur une profondeur suffisante pour former vingt-cinq acres, ce qui fait que le dit lot de terre No. 22, se trouve divisé entre le demandeur et le défendeur en deux parties dont chacune forme un tout compact, savoir : celle du demandeur composée de 145 acres et ayant son front au chemin d'entre les dixième et

1889.
Milliken & Bourget.

neuvième rangs, et celle du défendeur en tout de 55 acres ayant son front sur le chemin d'entre les dixième et onzième rangs ;

" Considérant au surplus que par ses termes même quant à la partie de terrain pouvant être contiguë à ce qui avait été précédemment vendu à Smith et Rioux ; le titre du demandeur est subordonné à ceux du défendeur, en sorte qu'à tous les points de vue c'est l'interprétation favorable aux prétentions du défendeur qui doit prévaloir ;

" Considérant qu'en limitant les terrains respectifs des parties d'après ce que ci-dessus posé et ainsi qu'il est indiqué au plan de M. l'arpenteur Cleveland, le défendeur n'a point coupé de bois sur le terrain du demandeur es-qualité ;

" A débouté et déboute le dit demandeur es-qualité de son action avec dépens."

Nov. 23, 1888.]

Hurd, for appellant.

Panneton, *Q. C.*, for respondent.

CROSS, J., (for the Court) :—

Milliken, as administrator of the estate of Cyrus S. Clarke, owns the largest part of lot No. 22 in the 10th range of the township of Windsor, consisting of two different parts acquired by him by separate titles, and which he describes in his declaration, as they are also described in his titles, as follows :—"Firstly, nineteen acres of lot ' No. 22 in the 10th range of the said township of Windsor, " to be taken from off the north-west angle of the lot, and " extending half the length of the lot, and of a breadth " sufficient to form the said 19 acres. Secondly, 126 acres " of the said lot No. 22 in the 10th range of Windsor afore- " said, being the rest and residue of the said lot, after de- " ducting the piece first above mentioned, and the 30 acres " heretofore sold to the Honorable Hollis Smith, and the 25 " acres heretofore conveyed to G. E. Rioux, Esquire, the " said two pieces of land described as firstly and secondly, " containing together 145 acres of land as the same is and

1889.
Milliken & Bourget.

"extends." The first of these descriptions originated in a tax title.

The respondent owns 55 acres of said lot No. 22 by titles referred to in Milliken's deeds, the description being as follows:—"First, 30 acres to be taken off the south end and "east angle of the lot No. 22 in the 10th range of the said "township of Windsor. Secondly, 25 acres of the lot No. "22 in the 10th range of lots in the said township of "Windsor, to be taken from off the north-west portion of "the said lot, and next to the part of said lot formerly sold "for taxes to Hollis Smith. The respondent's said lots "having been acquired by him from G. E. Rioux, they "having been formerly sold at different times for taxes, the "first on the 17th December, 1858, to Hollis Smith, and the "second on the 16th Dec., 1865, to G. E. Rioux."

Milliken as such administrator brings the present action against Bourget, to recover from him the value of a certain quantity of timber, which he alleges was cut by Bourget on his, Milliken's, portion of said lot No. 22, during the winter of 1884.

Bourget meets the action by a plea of *défense en fait*.

Bourget is proved to have cut a considerable quantity of timber on said lot No. 22, in the winter of 1884, that is, he lumbered there in that year, and stumps have been counted there since, from which it is claimed he took the trees, he contending that he did not exceed his own limits.

From the indefinite description of his lots which had never previously been marked off by any survey, the principal difficulty has arisen, namely, of ascertaining on whose lands the cutting of trees has taken place. A surveyor has been employed by each of the parties, A. W. Elkins by Milliken, and F. C. Cleveland by the defendant, who disagree as to the placing or location of the defendant's 55 acres. Two experts were also appointed in this cause to ascertain the exact position of these 55 acres. They also disagree on the same lines as the surveyors of the parties had before disagreed.

Elkins, examined as a witness, swears to the correct-

1889.
Milliken & Bourget.

ness of his survey and a plan that he has produced, and states that after laying off, according to his plan, of the two pieces of the lot No. 22, owned by Bourget, there appears to have been cut on Milliken's part of the land, that is, outside of Bourget's allotment, as he places it, 571 trees, so that if his survey and plan were correct, and the trees cut by Bourget, Bourget would be responsible to him for that quantity; but it would be different if Cleveland's survey should prove to be the correct one. It therefore becomes important to determine by which survey the Court should be guided. Here it may be remarked that the plaintiff is bound to prove his case, and whatever is by him left doubtful, should be interpreted in favor of the defence. He had his option to bring an action *en bornage*, which would have authoritatively determined the lines. When this was decided there could have remained no doubt as to where the stumps might be counted. But in the absence of such a proceeding the defendant should have the benefit of the uncertainty. On this principle, if both surveys seemed equally plausible, Cleveland's should be adopted. I do not think it necessary to test their relative merits on this principle. There seems to me to be sufficiently patent reasons for preferring Cleveland's survey. It is indisputable that by the deed Hollis Smith's purchase of the 30 acres was to occupy the south end and east angle of lot No. 22. Rioux's purchase of 25 acres was, by his deed, to be taken from the north-west portion, next to Hollis Smith's lot. Now, the north-west portion of the lot No. 22 could not be next to Hollis Smith's lot. That portion belonged specially to Milliken by a separate title, as shewn by his deed and alleged in his declaration, excluding the idea that Rioux's 25 acres could be placed there.

It is evident that the word north was used by mistake, and that to place these 25 acres next to Smith's 30 acres, it should have read the south-west portion; but neither surveyor pretends that it should be taken at the north end of the lot No. 22.

The difference in the two surveys is that Elkins' does

not allow the two tax titles of Smith and Rioux to extend across the entire width of the lot at the north end, but projects two elongated parallelograms from north end, occupying but about half the width of the lot No. 22,—the one occupying the south-east angle, and the other adjacent to it, both continued northward to half the length of lot No. 22, thus leaving half the width of lot No. 22 at the south end to form part of the residue of the lot No. 22 claimed by Miliken; while Cleveland in his survey and plan makes the two tax titles of Smith and Rioux occupy the whole width of the south end of lot No. 22, fulfilling their complement by a less depth northwards.

Elkins' survey claims that a part of the south end of the lot No. 22, viz., the south-west corner, is within Milliken's limits, while Cleveland's survey is to the contrary. It was on this part of the lot that the lot was entered by Bourget's lumbering operations. The lumbering road extended northwards and having a bearing eastward, crossed diagonally the northerly ends of the lots of Smith and Rioux, as laid down in Elkins' survey, and terminated in the adjoining lot No. 21. So that it was impossible, according to this survey, to decide that any definite number of logs were cut on Milliken's limits. (See Elkins' deposition, p. 11, l. 5 and 6; also at p. 33.) In regard to the portion marked E on the plan, I would say that the proportions of that piece indicate the piece where the greatest cutting had taken place. This piece marked E, is a small square adjoining the south boundary of the lot within that part assigned by Elkins' survey to Milliken. If the greatest cutting took place here, and the lumber road crossed the tax lots of Smith and Rioux, it is extremely improbable that only 171 trees were cut on land not included in Elkins' limit, and no precise basis is given for trees that may have been cut on Milliken's limits.

Elkins, examined a second time, mentions that he cut up his plan into sections, and that a square marked at the south-west corner of the lot No. 22 by the letters

1889.
Milliken & Bourget.

A, B, C, D, which would be wholly on Bourget's lan according to Cleveland's survey, contained by his coun 170 trees, leaving it to be inferred that this number w all that Bourget could claim to be deducted from th number pretended to be cut on Milliken's land. I do n find that reliance is to be placed on this statement, b cause in his former deposition, he says that the princip cutting was on the south-west end. He also admits th the principal lumber road came into the lot at the soutl west end, which was wholly occupied by Bourget's po tion, according to Cleveland's survey, and although h estimates the principal lumber road to have gone abou four-fifths of the length of the lot to the north—a stat ment contradicted by other witnesses—he admits that did not run straight, but had a bearing eastward—a cours that would carry it across the north ends of the lots h had assigned to Bourget, and that it reached and termi ated on the adjoining lot 21, where some trees were cu According to this analysis of the evidence, although strong probability is made out that trees were cut b Bourget on Milliken's land, it is impossible to say th any particular number were so cut, and as it was plai tiff's business to make his case clear, the doubt must b interpreted against him. The Superior Court held th his case was not made out. We are forced to the sam conclusion, although we entertain some apprehensio that we may not have been able to do him justice, in co sequence of this defect in the evidence. Had he brough his action *en bornage*, it would probably have done muc to make his position clear. There is besides some unce tainty, as regards the stumps counting, whether the tre were really all cut during the time Bourget was lumbe ing there.

The judgment appealed from will be confirmed, and th appeal dismissed.

Judgment confirmed.

Camirand, Hurd & Fraser, for appellant.

Panneton & Mulvena, for respondent.

(J. K.)

November 27, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BABY, BOSSÉ, JJ.

ALEXANDER McTAVISH WATT ET AL.,

(*Defdts. par reprise, and mis en cause in Court below*),

APPELLANTS;

AND

FRANCES E. A. FRASER,

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Tutor and minor—Release and discharge by minor on attaining age of majority—Prescription—C. C. 2258.

HELD:—Where a minor on attaining the age of majority, gives her tutrix a release and discharge from all claims arising from her administration as tutrix, that the action of the minor for an account of the tutorship, is prescribed by the lapse of ten years from the date of such discharge; and this rule was held to apply where the discharge was not given immediately and expressly to the tutrix, but to the trustees in whom the estate had been vested by the tutrix on her second marriage, the minor (then of age), however, declaring that she had received her share, and that she discharged the trustees and all others from all further accountability, and in a letter to the tutrix, fifteen years afterwards, expressly disclaimed any intention of disturbing the settlement.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (DAVIDSON, J.), Feb. 23, 1889, ordering the appellants to render an account.

DAVIDSON, J. (in Superior Court):—

This voluminous record represents an action by the plaintiff against her mother, the defendant, who was widow by her first marriage of the late Thomas Fraser, in his lifetime a chief trader of the Hudson Bay Company, and widow by her second marriage of the late James Stewart Watt, also a chief trader. It is prayed that the defendant in her qualities of tutrix to the minor children

1889.
Watt & Fraser.

of her first husband, and of universal usufructuary legatee of his estate, and of administratrix, be ordered to render an account; and the plea alleges that she paid off the plaintiff and her brother, and got due discharges.

Death has freed the defendant from the litigation, and the *mis en cause*, children of the second marriage, take her place in the defence.

The case involves a number of issues of fact and of law, some of which are quite peculiar. Among all the questions that as to a discharge stands first, for if the defendant holds lawful receipts in full of all claims as to the estate, then she is entitled to go free from the outset, and in spite of every other minor feature of attack made by the declaration.

The defendant came into possession of her husband Fraser's estate by this clause of his will:—

"The interest, dividends, or annual produce to arise "therefrom (the executors are) to pay to my beloved wife "Flora McTavish for and during the term of her natural "life, or so long as she shall continue my widow, to be "by her used for the support of herself and the support "and education of my beloved children George Simpson "Fraser and Frances Fraser (the plaintiff), issue of my "marriage with my said wife, and upon the death of my "said wife, or upon her entering into a second marriage, "whichever shall first happen, then I direct that the said "estate and effects, moneys, securities for money, stocks, "funds, etc., be transferred and paid over to my said "children, George Simpson Fraser and Frances Fraser, "share and share alike."

Fraser died in 1848, Sir George Simpson and Duncan Finlayson, the executors named in his will, refused to act; the defendant thereupon took over possession of the estate; was named tutrix to her said two children in September, 1849, and married her second husband in 1853. Thereupon, by the terms of the will, her right of usufruct in the estate ceased, and it passed to her son George and the plaintiff. Previous to this second marriage, and in apparent anticipation of it, the defendant, on the 23rd of

January, 1852, gave over to Sir George Simpson and Duncan Finlayson, in trust, moneys and securities of the value of £5,000, to be divided equally between the plaintiff and George when they both came to be of age. Then, on the 7th of February, 1861, George (then of age) and defendant became parties to a deed of ratification, release and discharge, wherein it was declared that the above deed of trust was "for the purpose of defining and securing " to the said minor children all and singular their right, " shares and interest in and to the estate of their late " father," and George ratifies and confirms this trust, and in consideration of the moneys and securities so transferred—" the half of which, amounting to £2,500 or there- " abouts, forms the share and portion of the said George " Simpson Fraser in the estate of his said late father—the " said George Simpson Fraser did and doth hereby release, " abandon and discharge all claim, right, pretension or " demand which he had, or might have, or pretend to " have, against the estate of his said late father, either " under the said late will and testament or otherwise, or " against the said Flora McTavish, either personally or as " such tutrix and administratrix as aforesaid.....declaring " that *he hath seen and had communication* of all and singular " the accounts, dealings and intromissions of the said " Flora McTavish as such tutrix and administratrix."

These trustees having died, the trust was renewed in the persons of G. W. Simpson and E. M. Hopkins, and George, on the 13th of May, 1865, confirmed his previous ratification of the trust, acknowledged receipt of all the moneys coming to him thereunder, and discharged the trustees. Fourteen years afterwards, that is on the 28th of January, 1879, Mrs. Watt, then a widow for the second time, gave to her son George, reserving to herself the usufruct and the right of survivorship therein, a donation of about fifty thousand dollars' worth of property.

George lived for over twenty-two years after his coming of age, and during the whole of that time gave complete and continuing acquiescence to the discharge so executed.

Apart from the donation referred to, he received sums of

1889.
Watt & Fraser.

money from his mother by way of gift, and verbally expressed his gratitude for her conduct toward him. Nor can it be said that he was ignorant of possible rights in respect of the possible absence of community of property. He knew and spoke of his sister's pretensions in that respect, was distinctly hostile to their assertion, and partly in alleged protection of his mother against them, induced her to hand over to a trustee for his benefit all that then represented her estate. There is no allegation of fraud or error or misrepresentation, there is no demand for reformation of accounts or the setting aside of the absolute and unqualified discharge so given by George, after, as he alleges, full communication of all accounts dealing with the succession. I am not able to concur in the pretension urged on behalf of plaintiff that the words "in the premises" destroy the general character of the acquittance, and limit its effect to the specific amount handed over to the trustees. In addition to these grounds of discharge and life-long acquiescence on the part of George Fraser, I am also of opinion that plaintiff's action is prescribed in so far as it demands an account of his estate. Indeed that would seem to be a legal result of holding that he discharged his mother, for while the action to account and other personal actions of minors against their tutors, relating to the acts of tutorship, are prescribed by thirty years (C. C. 2243), the actions in restitution of minors for lesion, in rectification of tutors' accounts, and in recision of contracts for error or fraud, are prescribed by ten years.

As a consequence of these opinions I refuse plaintiff's demand as being one of his heirs for an account of George Fraser's former rights in his father's estate.

But the plaintiff, as to her own interests, stands in an entirely different position. No such ratifications and discharges, or acknowledgments of accounts, such as George made, were ever by her given to her mother. In acknowledging that Hopkins and G. W. Simpson had fulfilled their trust, and paid over her share of the assets placed in their hands, she discharges them alone and does no more than acquit them of their trust. This limitation becomes

1889
Watt & Fraser.

the more marked when read in connection with the receipt appearing at the end of the accounts, in which she declares "that the receipts and payments and the management "and disposition of all the stocks and moneys are per- "fectly satisfactory, and I hereby further give E. M. "Hopkins and all others concerned, an absolute and "unqualified discharge for his gestion and intromission "of every kind."

It cannot be seriously pretended that the mere declaration in the discharge to Hopkins and Fraser, that their trust had been created for the purpose of "defining and securing" to the minor children the estate of their late father is to be accepted as a discharge of the mother, who was not even a party to the deed.

In addition to this deed the defendant invokes the following letters:—

"LONDON, August 21, 1879.

"MY DEAR MOTHER,—I only heard the other day that "there was a report in Canada to the effect that I had "actually entered a lawsuit against you for the recovery "of my father's money. Pray believe that such an idea "never crossed my brain. Now, making one's own de- "fence is always a useless task, and I am weary of misre- "presentations. I think it is scarcely fair that you should "always believe everything against me, but pray believe "this that I am always your loving daughter.

"FRANCES ST. GEORGE."

Two years afterwards, that is on the 18th of August, 1881, a letter, (defendant's ex. 9, paper 137), evidently drafted for some then existing purpose, in the handwriting of and addressed to Mr. Hopkins, was signed by plaintiff, and in this was written:—"I beg to state for "the information of my mother, my brother, Mr. Simpson "and all others concerned, that I have no intention of "taking legal proceedings, or permitting others to take "them on my behalf, with a view to re-opening or "changing the settlement that was made many years "ago of my father's estate, under which I received one-

1889.
Watt & Fraser.

"fourth of the assets as my share, and my brother an "equal amount."

Let us recollect that it was in January, 1879, that the donation to George was made in preparation for an attack from plaintiff. For some time previous to then, and certainly up to the date of the Hopkins' letter there must have been threatenings of a coming storm. Nothing occurred until the 13th of May, 1884, when defendant donated to her children by her second marriage, 25 shares of the Bank of Montreal, 43 shares of La Banque du Peuple, and $787.00 due her by one Bélanger, on condition that she was to be paid 95 per cent. of the revenues. The donees were to receive the balance of 5 per cent., and at her death, one-fifth of the capital was to be invested for the benefit of the plaintiff, and the shares were transferred to Alex. McT. Watt, with powers to carry out the purposes of the deed. All these assets so donated, are declared by plaintiff to have come from her father's estate. This and subsequent transfers and re-transfers of some of the stock seem to have thoroughly alarmed the plaintiff, and this present action resulted.

I have given these two letters, the discharge to the trustees, and the fact that the plaintiff allowed so long a time to elapse without assertion of her rights, the gravest possible consideration. I felt averse to calling for accounts which have so long been allowed to lie unasked for. The account of a tutorship is made the most formal and solemn of any that is known to the law. It is absolutely null unless it is preceded by a detailed account and the delivery of vouchers in support thereof. (C. C. 311.) If not equal, at least special responsibility attaches in this respect to the administrator or fiduciary. Let the questions be asked,—Where is the inventory it was her duty to make? Where are the accounts and vouchers which ought to have been furnished to plaintiff? Or where is any acknowledgment of hers that she has seen and examined them, and so discharges defendant—as for example George gave? And the answers must be that none such exist. Certainly these letters do not supply

1889.

Watt & Fraser.

the deficiency, for one is no more than declaratory of an intention then existing, and the other is not even addressed to defendant. Defendant's marriage with Watt deprived her of her tutrixship, and he became responsible for the administration of the minor's estate; but at his death his succession came to her as usufructuary, and found her once again controlling whatever assets remained from her first husband's estate.

Two other questions were argued at great length. Where was the domicile of the Frasers during the 13 years of their married life? And if at Fort Abbittibi, did this place, situated as it was between the height of land and the waters of Hudson Bay, lie within limits of this province, so giving to defendant community and half the estate, or did it lie within the territories of the Hudson Bay company, where English law ran, and under which defendant would have practically been without marital rights? For some time I had the conviction that the issues between the parties called for a decision on these points, and I have subjected them to considerable research. But when I came to draw my judgment, and more severely scrutinize the conclusions of plaintiff's declaration, I found that they did not ask for a judgment as to domicile, or the law which governed at Abbittibi, or as to community or continuation of community. I can therefore do no more at the moment than order an account covering plaintiff's own rights in her father's estate, and only when this is done will the time come—if defendants *par reprise d'instance* fail to render one satisfactory to plaintiff—for a determination of the questions of domicile and community. Seeing these special features I also reserve to pronounce upon what alternative amount defendants ought to pay if they default to account, and upon costs.

The learned counsel for plaintiff and defendant argued the case with great research and ability, and I have also to express my appreciation of the care which has been taken to arrange and put in consecutive order the many papers of which the record consists.

1889.
Watt & Fraser.

The formal judgment of the Superior Court was as follows :—

" The Court having heard the plaintiff, and the defendants, *par reprise d'instance*, and the *mis en cause* as well personally as representing Miss M. A. G. Watt, by their counsel upon the merits of this cause, etc.....

" Considering that plaintiff by her action sought from the defendant, personally and as administratrix and tutrix, an account of the estate of the plaintiff's late father, or in default, the payment of $50,000, and also as one of his heirs at law such an account as her, plaintiff's, late brother, George Simpson Fraser, would have been entitled to, or in default the sum of $10,000 ;

" Seeing that defendant pleads that both plaintiff and her late brother have long since been paid off, and that they have severally given full and final discharges to defendant, and that plaintiff's pretended claims are in any event prescribed ;

" Considering, 1. The marriage of defendant with Thomas Fraser on the 6th September, 1836.

2. The birth as issue of said marriage of George Simpson Fraser on the 23rd January, 1839, and of the plaintiff on the 11th of February, 1842.

3. The death of Thomas Fraser on the 31st January, 1849, leaving a last will and testament, whereby he appointed Sir George Simpson and Duncan Finlayson his executors, and to them as such devised his whole estate, real and personal, movable and immovable, in trust, in manner following, to wit : " The interest, dividend or ' annual produce to arise therefrom (to wit from his said ' estate) to pay to my beloved wife Flora McTavish, (the ' defendant), for and during the term of her natural life, ' or so long as she shall continue my widow, to be by ' her used for the support of herself and for the support ' of my beloved children George Simpson Fraser and ' Frances Fraser (the plaintiff), issue of my marriage ' with my said wife, and upon the death of my said ' wife, or upon her entering into a second marriage, ' whichever shall first happen, then I direct that the said

'estate and effects, moneys and securities for money, 'stocks, funds, etc., be transferred and paid over to my 'said children, George Simpson Fraser and Frances 'Fraser, share and share alike.'

4. The appointment of defendant as tutrix to said George Simpson Fraser and plaintiff, at Montreal, on the 5th of September, 1849, and as administratrix at London, England, on the 1st of October, 1849.

5. The marriage of defendant with James S. Watt, now deceased, with ante-nuptial contract excluding community of property on the 21st of March, 1853.

6. The coming of age of George Simpson Fraser and Frances Fraser on the 23rd of January, 1860, and the 11th February, 1863, respectively.

7. The death of George Simpson Fraser intestate on the 21st November, 1883.

As to George Simpson Fraser's succession :

" Considering that said George Simpson Fraser, more than a year after his so coming of age, to wit, on the 7th of February, 1861, entered into a deed styled 'ratification 'of indenture and release and discharge,' in which defendant was also a party, being defendant's exhibit No. 2, paper No. 76, whereby he, the said George Simpson Fraser, did 'release, abandon and discharge all claim, 'right, pretension, or demand which he has or might 'have or pretend to have against the estate of his said 'late father, either under the said will and testament, or 'otherwise, or against the said Flora McTavish (the de-'fendant), either personally or as tutrix or administratrix 'as aforesaid, considering and agreeing that the said es-'tate and the said Flora McTavish, as well personally as 'such tutrix and administratrix as aforesaid, shall be and 'remain wholly and absolutely discharged in the premi-'ses, declaring that he hath seen and had communication 'of all and singular the accounts, dealings and intromis-'sions of the said Flora McTavish as such tutrix and ad-'ministratrix, and that he will, whenever thereto requir-'ed, accept formally such accounts, and ratify the same,

1889.
Watt & Fraser.

' and grant such further discharges in the premises as ' may be considered needful.'

" Considering that the said George Simpson Fraser lived until the 21st November, 1883, and during the interval of twenty-one years which elapsed between the giving of said discharge, always acquiesced therein, and received further moneys from the defendant, and accepted from her a donation of over $50,000 (plaintiff's exhibit S. 1, No. 90) ;

" Considering that the said George Simpson Fraser always well knew that there was a question as to whether a community existed between the defendant, his mother, and the late Thomas Fraser, his father, and to guard against a threatened attack by plaintiff, induced the defendant to pass the donation in his favor, (exhibit S. 1, paper 90) ;

" Considering that plaintiff has not charged fraud or deceit against the defendant in respect of said discharge of the 7th of February, 1861, and has not asked for the setting aside of the same, or for any reformation of the accounts therein stated to have been delivered and examined ;

" Considering that plaintiff's right to demand an account as one of the representatives of her late brother was at the date of her present action prescribed by the lapse of ten years from the date of said discharge, (to wit from the 7th February, 1861,) doth dismiss plaintiff's demand for said account ;

As to plaintiff's personal rights :

" Considering that the discharge by plaintiff given to E. M. Hopkins and G. W. Simpson (defendant's exhibit No. 4, piece 78) was a discharge to them alone, and simply declared that they had paid over to her certain specific sums of money placed in their hands ;

" Considering that neither plaintiff's letter to defendant, dated London, August 21st, 1879, (defendant's exhibit F. paper No. 86) nor the letter signed by her, apparently drafted for some then existing purpose, in the handwriting of E. M. Hopkins, and addressed, not to de-

fendant, but to Hopkins (defendant's exhibit 9, paper No. 137) do not constitute any discharge by plaintiff;

" Considering that defendant never made nor caused to be made, as by law she was bound to do, any inventory of her said late husband's estate;

" Considering that defendant never rendered to plaintiff any detailed account with vouchers in support thereof, or in fact any account at all, of her said late husband's estate, or of her doings as usufructuary legatee, or as tutrix or administratrix, with the estate of the plaintiff;

" Considering that to the extent aforesaid the pleas of the defendant and the *mis en cause* both personally and *en reprise*, are unfounded in fact and in law;

" Considering that plaintiff hath not prayed to have it declared whether community existed between defendant and her husband Thomas Fraser, or that continuation of community, if such existed, was created after the death of her husband;

" Considering that the said defendants *par reprise d'instance*, to wit, Alexander McTavish Watt and William B. Burland, in their quality of executors of the said late defendant, now represent the interests, responsibilities and rights of the defendant;

" Doth order that the defendants, *par reprise d'instance*, Alexander McTavish Watt and William B. Burland, in their said quality, do within three months from this date render and file in this Court an account of the *tutelle*, administration and management that the said defendant had had of the person and property of the plaintiff from the 5th of September, 1849, (date of her appointment), and of the estate of the said late Thomas Fraser, and of everything accrued thereon, or thereto, by operation of law, and otherwise, as well by reason of said *tutelle* as of defendant's default to make any inventory of the property of said estate after the death of the said Thomas Fraser;

" And the Court doth reserve to pronounce upon what alternative amount defendants *par reprise d'instance* must be condemned to pay if they make default to account as herein ordered, and upon costs."

1889.

Watt & Fraser.

May 17, 18, 20, 1889.]

Hall, Q. C., and *Nicolls*, for appellants.

F. McLennan, (with him *Béique*, Q. C., as counsel), for respondents.

Geoffrion, Q. C., for Atty. Gen. Turcotte.

Nov. 27, 1889.]

CROSS, J. (for the Court) :—

The nature of the controversy in this case will best appear by a reference to certain events in the family history of those concerned.

The North-West Company, fur traders, appear to have, at an early date, established a post at Abittibi, north of the upper Ottawa. The headquarters of that Company were at Montreal.

Thomas Fraser, a native of Scotland, came to Canada about 1803, and was employed by the North-West Company. On the amalgamation of that company with the Hudson's Bay Company in 1821, the post of Abbitibbi fell into the jurisdiction of the Hudson's Bay Company, whose headquarters were at London, England, and further continued in the employ of the latter Company, and in the year 1836 was in charge of the post of Abbittibi for that company.

On the 6th September, 1836, at a place called the Chats on the Ottawa River in the then District of Montreal, in the province of Lower Canada, he married, without any marriage contract, Flora McTavish, who had theretofore resided at or near that locality.

Of this marriage there was issue two children, George Simpson Fraser, born at Abbittibi, on the 23rd January, 1839, and the present respondent, Frances E. A. Fraser, born at Lachine, in the district of Montreal, on the 11th of February, 1842.

On the 3rd September, 1847, Thomas Fraser, describing himself as of Montreal, made his will at Montreal before Easton, Notary, constituting his wife, Flora McTavish, his universal usufructuary legatee during her life or widowhood; the property to pass to his children on her

decease or in case of her marriage a second time. Sir George Simpson and Duncan Finlayson were named the executors.

In 1847 he appears to have purchased a farm at St. Anne, near Montreal, where he intended to settle, and where Flora McTavish lived after his death.

He died at Abbittibi on the 31st January, 1849, and probate was obtained of his will at Montreal on the 23rd March, 1849. The executors do not seem to have acted under the will, although they afterwards became trustees, and Flora McTavish was appointed administratrix in England.

On the 5th September, 1849, at Montreal, Flora McTavish, the widow, was appointed tutrix to her then two minor children George Simpson Fraser and Frances E. A. Fraser.

In 1851, doubts being entertained as to whether a community of property had been created by the marriage of Thomas Fraser and Flora McTavish, a suit was instituted at Montreal to settle the question, in which community was claimed. This action was dismissed, the Superior Court holding that Abbittibi, the place where Thomas Fraser had his residence at the time of his marriage, was in Upper Canada, therefore creating no community. In appeal, the judgment was affirmed, but on other grounds not involving the question of community, and establishing nothing as regards the principle.

On the 31st January, 1852, Flora McTavish, apparently in contemplation of a second marriage, and to separate her interest from that of her children, to whom the property in their father's estate would devolve by her second marriage, executed a trust deed of certain stocks and securities to Sir George Simpson and Duncan Finlayson, understood to be one-half of the joint estate of Fraser and his wife, that is, on the assumption that there was community; the amount so set aside and transferred was assumed to be the children's half-share, Flora McTavish retaining the other half as her share,—the children's half

1889.
Watt & Fraser.

to be paid and delivered to them by the trustees on their becoming of age.

On the 31st March, 1853, Flora McTavish married James Stewart Watt. Of this last marriage there is issue several children.

On the 23rd January, 1860, George Simpson Fraser became of age.

Sir George Simpson died on the 7th September, 1860.

On the 7th February, 1861, a deed was executed between George Simpson Fraser and Flora McTavish (Mrs. Watt), assisted by her second husband, whereby, after reciting the fact of Thomas Fraser having made his will, his death, the appointment of Flora McTavish as tutrix and as administratrix in England, it was declared, that the deed of trust to Sir George Simpson and Duncan Finlayson, of the 23rd January, 1852, had been made to define and secure to the minor children all and singular their rights, share and interest in and to the estate of their late father, and that Flora McTavish had thereby granted, given, bargained, sold, assigned, transferred and delivered over unto the said late Sir George Simpson and Duncan Finlayson and to the survivor of them, accepting thereof, the stocks and sums of money in the schedule "A" thereto annexed; the said stocks and monies or the proceeds thereof to be delivered and paid over to the children on their respectively becoming of age, and that Sir George Simpson having died, Duncan Finlayson remained the sole surviving trustee. The said George Simpson Fraser thereby acknowledged that his share of his father's estate was set aside and in the hands of the surviving trustee, and discharged said estate, and his mother, Dame Flora McTavish, personally and as tutrix and administratrix, declaring that he had had communication of the accounts.

In October, 1863, both the previous trustees being deceased, a new trust deed was executed, naming Edward Martin Hopkins and George W. Simpson trustees, to whom the assets specified in the schedule to the former trust deed were assigned.

1889.

Watt & Fraser.

On the 19th December, 1864, a like deed was executed between Frances E. A. Fraser and Flora McTavish (Mrs. Watt) to that executed between Flora McTavish and George Simpson Fraser on the 7th Feb., 1861, containing, as the appellant contends, a full and final discharge for her share in her father's estate and of all claims and demands against her mother Flora McTavish, personally and in her representative capacities, and acknowledges receipt of her share of the estate of her late father.

On May 13th, 1865, George Simpson Fraser signed a discharge acknowledging actual receipt of his share of the estate, the assets not having been divided at the time of his discharge in 1861, but kept together in the hands of the trustees until Frances Fraser came of age and gave her discharge and receipt in 1864.

The present action is brought by Frances Fraser, sometimes herein called Frances E. A. Fraser, assuming that no community had existed between the late Thomas Fraser and Flora McTavish, asking that Flora McTavish be ordered to render an account as tutrix and as administratrix of Thomas Fraser's estate, of the share and interest of her the said Frances Fraser in her father's estate as well as of what she may be entitled to as heir to her late brother. It is therein claimed that Abbittibi was within the Hudson Bay Territory, subject to the laws of England, and that no community of property resulted from the marriage of Flora McTavish with Thomas Fraser. The settlements and discharges above referred to are not assumed to have been illegal, nor are they impugned or asked to be set aside.

Flora McTavish by her pleas alleges that the matrimonial domicile of Fraser was in Lower Canada; denies that Abbittibi was out of Lower Canada, or that the laws of England prevailed there. She avers that George Simpson Fraser and Frances E. A. Fraser had acquiesced in the existence of community, and had fully and finally released her as tutrix and administratrix and all concerned, having received detailed accounts from time to

1889.
Watt & Fraser.

time. The above-mentioned deeds of the 7th February, 1861, and the 19th December, 1864, were recited and relied on as a full and final discharge. She also pleaded release from liability by the prescription of ten years.

During the progress of the proceedings, Flora McTavish died, and the *instance* has been taken up by her executors, Alexander McTavish Watt and Dr. Burland.

After proof on the issues joined, the Hon. Judge of the Superior Court dismissed the claim as regards plaintiff's share in George Simpson Fraser's estate, holding that he had fully discharged his mother after having had full knowledge of the condition of the estate; but as regards Frances E. A. Fraser, it was held she had done nothing to debar her from claiming an account from the representatives of Flora McTavish. They were, therefore, ordered to render an account as well of the tutorship as of the administration of Flora McTavish. From this judgment the representatives of Flora McTavish have brought the present appeal.

As the case will turn upon the interpretation of the deeds of date the 7th February, 1861, and the 19th December, 1864, entitled deeds of discharge, and the plea of prescription, it will be unnecessary to refer at any length to other points.

The first of these deeds, viz., that of the 7th February, 1861, after the preamble above cited, proceeds to declare that the said George Simpson Fraser had attained the age of majority, and was desirous of ratifying and confirming in every particular the said indenture of agreement, viz., of the 23rd January, 1852, of which he declared himself to have a perfect knowledge, having seen and perused the same, and of discharging as well the estate of his said late father as his mother, both personally and in her said representative capacities, viz., as tutrix and administratrix, of and from all claims, pretentions and demands whatever on the part of him the said George Simpson Fraser in the premises by the said instrument or deed of discharge, he did "formally allow, approve, "ratify and confirm the said indenture of agreement and

" the said schedule " A" thereto annexed, and each and " every provision, clause, condition, statement and allega- " tion contained in them and each of them in the fullest " and most absolute manner, declaring himself to be " therewith content and satisfied, and in consideration of " the stocks, monies, and securities therein mentioned " (the half of which, amounting to £2,500 or thereabout, " to form the share and portion of the said George Simp- " son Fraser in the estate of his said late father) the said " George Simpson Fraser did thereby release, abandon, " and discharge all claim, right, pretension or demand " which he might have or pretend to have against the " estate of his said late father, either under his said will " and testament or otherwise, or against the said Flora " McTavish either personally or as such tutrix and " administratrix, consenting and agreeing that the said " Flora McTavish as well personally as such tutrix and " administratrix should be and remain wholly and " absolutely discharged in the premises, declaring that " he had seen and had communication of all and singular " the accounts, dealings and intromissions of the said " Flora McTavish as such tutrix and administratrix, and, " that he would, whenever thereto required, accept " formally such accounts, and ratify the same, and grant " such further discharges in the premises as might be " considered needful."

A more strongly worded discharge could scarcely be conceived; one much less forcible in expression would doubtless have been equally effective.

This document acknowledges that the property of the children in the estate of Thomas Fraser had been defined and put into the hands of the trustees for the children and to be delivered to them as they became of age; that he had had communication of all and singular the accounts, dealings and intromissions of Flora McTavish as tutrix and administratrix, and granted a full and complete discharge to all concerned.

The second of these documents, viz., the deed of agreement, ratification and discharge of date the 19th Dec.,

1889.

Watt & Fraser.

1864, executed by and between Frances E. A. Fraser, then of age, and Flora McTavish with the assistance of her then husband, James Stewart Watt, both acting by attorney, after reciting the facts of the marriage of Thomas Fraser, the making of his last will, his death, the appointment of Flora McTavish as tutrix, also as administratrix, the parties thereto then go on to declare "that on the "23rd January, 1852, for the purpose of defining and "securing to the minor children all and singular their "rights, shares and interest in and to the estate of their "late father, Thomas Fraser, the said Flora McTavish "being then the widow of the said Thomas Fraser, did "in and by a certain deed of agreement, then and there "made and executed before witnesses, give, grant, bar-"gain, sell, assign and deliver over unto the late Sir "George Simpson" and the late Duncan Finlayson, thereto accepting, and to the survivor of them, the stocks and sum of money mentioned in the schedule thereunto annexed marked "A," upon the trusts and conditions among other things specially mentioned in the said indenture for the same, or the proceeds thereof, or the securities or monies into which they might be converted, to be paid to the said George Simpson Fraser and Frances Fraser on their attaining the age of majority; that on the 7th of February, 1861, the said trust deed of the 23rd January, 1854, and every matter and thing therein contained had been ratified and approved of by the said George Simpson Fraser, being of the full age of majority; that new trustees had been appointed by and with the approval of George Simpson Fraser, then of age, on the 4th of July, 1863, under a new trust deed, specifying (under a schedule marked "A") the securities and monies thereby conveyed for and upon the trusts therein mentioned and set forth.

That the said Frances Fraser had attained the age of majority and was desirous of ratifying and confirming in every particular the said indenture of agreement of the 23rd January, 1852, to wit, the aforesaid trust deed as well as the said indenture of trust of the 4th of July,

1863, of which she declared herself to have a perfect knowledge, having seen and perused the same, and of discharging as well the estate of her late father as her mother both personally and in her said representative capacities, the representatives and estates of the said late Sir George Simpson and Duncan Finlayson, as the said Edward Martin Hopkins and George William Simpson in their said capacities, of and from all claims, pretensions and demands whatsoever on the part of the said Frances Fraser "to the extent of the sum paid as hereinafter mentioned."

The said deed therefore witnessed that the said Frances Fraser did thereby formally allow, approve, ratify and confirm the said indenture of agreement of the 23rd of January, 1852, and the schedule thereunto attached, and the said indenture of trust of the 4th of July, 1863, and the schedule "A" thereunto attached, and each and every clause, condition, statement and allegation contained in them and in each of them in the fullest and most absolute manner, declaring herself to be content and satisfied, that full and detailed accounts of the said trust moneys had been from time to time, since she became of age, rendered to her, whereof communication had been had, and she declared herself content and satisfied, and she signed and ratified the same, and she the said Frances Fraser did thereby acknowledge and confess to have had and received, and there had been transferred and delivered up to her by the said Edward Martin Hopkins, her full moiety and share of stock, assets, monies and trust funds mentioned in the said deeds, with all interest, premiums and dividends due, owing and payable on the whole of the said trust moneys and assets, the whole as set forth and declared in the account thereof thereunto annexed, and thereof and therefrom, to wit of and from the said trust moneys and all interest and dividends accrued thereon, and of and from all liability, accountability or reckoning of any kind whatsoever, and the said Frances Fraser did hold, quit, release, and forever discharge the said Edward Martin Hopkins and George William Simp-

1889.
Watt & Fraser.

son, their heirs and each of their heirs, assigns and all others forever, declaring that the trusts in respect thereof had been well and faithfully executed and performed, and the proceeds of any stock sold had been paid and accounted for by the said Edward Martin Hopkins and George William Simpson, and that the said deed should be received as an absolute discharge to all the said trustees and bar any possible remedy, action, complaint or proceeding from the beginning of the world to the then present day, and that no further accounts or reckoning should be asked or required of any person whomsoever in respect of the said moneys or trust effects.

The purport of the deed was to explain that the interest of the children in the estate of their father Thomas Fraser had been defined, and, by Flora McTavish, accounted for, set apart, and conveyed to the trustees in 1852, by whom it had been administered for the children, that the trustees had accounted for the property and had paid to George Simpson Fraser his full share for which he had given a discharge, all of which she, Frances Fraser, approved of, acknowledging that she herself had received full and detailed accounts and accepted her own share on the same principle as her brother had been paid, and the trustees having satisfactorily accounted for the property, that is the whole of the children's interest so defined and set apart, as already explained, she discharged the trustees and all others, consenting that no other accounts should be required of any persons whomsoever. She had already declared in a former part of the deed that her intention was to ratify and confirm in every particular the two trust deeds, and to discharge as well the estate of her late father as her mother both personally and in her representative capacities, as also the estates of the former trustees and the then trustees; that she had received her full moiety and share of the stocks, assets, moneys and trust funds mentioned in the trust deeds, meaning consequently that she had received her full share of her father's estate as so defined and set apart in the hands of the trustees and approved of by her.

1889.
Watt
&
Fraser.

It is objected that Flora McTavish's name is not repeated with that of the trustees in the final declaration of discharge in the deed of the 19th December, 1864, executed by the respondent; but that part of the deed was meant specially to acquit the trustees, the parties emptying their hands of the property (none of it remaining with Flora McTavish, who had already accounted for and divested herself thereof.) It was consequently sufficient as well as appropriate to make this declaration of discharge specially applicable to the trustees, and Flora McTavish, in respect to whom the intention to discharge was clearly enunciated in a former part of the deed, was sufficiently included by the words "and all others."

As regards the words in the deed "to the extent of the said sum paid as hereinafter mentioned," it would seem to be a meaningless or inapplicable expression, no sum is thereinafter mentioned. If it referred to the schedule "A" annexed to the trust deeds or either of them, then it was the full amount of the interest of the children as defined and set apart. George Simpson Fraser accepted it as such, and she ratified his declaration and discharge. If there was nothing but the discharge given by her brother to which she assented, she should not afterwards be allowed to take a different position, and above all, Frances Fraser should not be listened to in an action like the present, which completely ignores the important deeds of discharge above-mentioned, and makes no claim to question them or have them set aside. Had she done so it would be the more manifest that the ten years' prescription should apply as a complete bar to her pretensions.

The view I am disposed to take of the case is that the discharges are sufficient to bar the claim, especially on the ground of the suit not having been brought within the ten years next after the execution of the one given by Frances E. Fraser on the 19th December, 1864, and that the case does not fall within the Article 2243 C. C., but under the Art. 2258 C. C. This accords with the judg-

1889.
Watt & Fraser.

ments of this Court in the case of *Gregoire* v. *Gregoire*, M. L. R., 2 Q. B., p. 228; 13 Supreme Court Reports, p. 319; also *Moreau* v. *Motz*, 7 L. C. R., p. 147; *Pierce* v. *Butters*, 24 L. C. J., p. 167.

This view is strengthened from the fact that all the parties concerned, including specially Frances E. A. Fraser herself, for a period of upwards of twenty years must have looked upon the affair as finally concluded and settled. She acknowledged this in distinct terms in her letters produced in the cause. First in her letter to her mother of date the 21st August, 1879, wherein she repudiates the idea of making such a demand; and second, in her letter to Mr. Hopkins of date the 18th August, 1881, wherein she declares, "I beg to state for the information "of my mother, my brother, Mr. Simpson, and all others "concerned, that I have no intention of taking legal pro- "ceedings or permitting others to take them on my "behalf, with a view to re-opening or changing the "settlement that was made many years ago of my father's "estate, under which settlement I received one-fourth of "the assets as my share, and my brother an equal "amount.

"Any steps taken by Mr. Girdlestone having any such "proceedings in view, have been taken without my "authority and are hereby repudiated by me."

These letters remain uncontradicted, and are of material weight in shewing how the settlement was understood by Frances E. A. Fraser herself, as well as the others concerned.

For the above reasons I consider the defence to the action conclusively made out.

I nevertheless take the liberty of making the following remarks on the question as to whether it might not have been reasonably enough inferred that a community of property existed between Thomas Fraser and Flora McTavish.

There is much to urge for the affirmative—the position of Abbittibi as to exact territorial boundaries was uncertain, the locality was a wilderness not brought under any system of law or civil polity.

It had its chief business relations with Montreal, Lower Canada, where all the principal events of the life of Thomas Fraser transpired and his serious affairs were transacted. There is a strong presumption that he looked to Lower Canada and its laws to regulate family rights. Further, as regards the settlement of his estate, it being a matter of doubt as to what law should prevail, more especially within what jurisdiction his domicil should be placed, whether he himself had not looked to Lower Canada as his domicil of intention, and to regulate his property and rights, it was a subject on which a waiver of extreme right might take place and might in fact be readily presumed, and a settlement in accordance with what may have been considered a view of which the case was susceptible, although there might exist doubt on the subject, should still be upheld. The settlement should not be considered as if we were now called to determine what in the light of subsequent events may appear to us to have been the extreme right of either party, but in view of the doubt that existed at the time of the settlement, and the circumstances that led to it, should we not consider it as a voluntary acquiescence in the principle on which the settlement was made, and therefore one by which the parties were reasonably bound. George Simpson Fraser's discharge covers everything as well in the literal sense as in that of intention. Frances E. A. Fraser approves of George's discharge, holds his acknowledgments valid, and declares that what he received was all that was due to him for all causes. If there was nothing to oppose to her present suit save her approval of the discharge given by her brother and her acknowledgment of his having received his due, it ought to be held sufficient to bar her claim, she being in the like case. The admission by her that George Simpson Fraser had given a discharge for all that was due to him, with her declaration of discharge to the extent of the sum paid, would still have to be considered a full discharge as regards her, because she agreed that her brother had been settled with in full. She being settled

1889.

Watt & Fraser.

with in the same manner, having given a discharge to the extent paid; the extent paid being for her brother the full amount therefore, for herself also the full amount, this being co-extensive of her own acknowledgment that the children's rights had been defined and secured in the hands of the trustees.

The foregoing remarks lead to the conclusion that there is error in the judgment appealed from in so far as it decides against the representatives of Flora McTavish, and that consequently it must be reversed and Frances E. A. Fraser's action dismissed.

The judgment in appeal is as follows :—

" The Court, etc.....

" Considering that the present action was brought by Frances E. A. Fraser, one of the children issue of the marriage of the late Thomas Fraser with the late Flora McTavish, against her mother, the said late Flora McTavish, theretofore tutrix to her, the said Frances E. A. Fraser, and administratrix of the estate of the said late Thomas Fraser, for an account of the tutorship of her, the said late Flora McTavish, and of her administration of the estate of the said late Thomas Fraser ;

" Considering that, among her grounds of defence to the said action, the said Flora McTavish claimed that accounts had been duly rendered of said tutorship, and of said administration, to the children of the said marriage as they respectively became of age, to wit, to George Simpson Fraser, and to the said Frances E. A. Fraser, who had received and been paid their respective shares and interest of all amounts and balances coming to them respectively from said tutorship and administration, and had fully and finally released and discharged as well the said Flora McTavish as all others concerned, from all claims and pretentions whatsoever in the premises on the part of them or of either of them, and more especially by a certain deed of release and discharge executed by the said George Simpson Fraser to and in favor of the said Flora McTavish before Hunter, and his colleague, notaries,

the 7th of February, 1861, and by a certain other deed of release and discharge, executed by the said Frances E. A. Fraser to and in favor of the said Flora McTavish before J. S. Hunter, notary, on the 19th December, 1864, and that she the said Frances E. A. Fraser had afterwards from time to time made written acknowledgments of having received her share of her said father's estate and approved of the settlement and discharges so made, and the said Flora McTavish further claimed and pleaded in this action to the effect that any pretentions the said Frances E. A. Fraser might at any time have had in the premises were barred and prescribed by the lapse of more than ten years prior to the institution of the present action ;

" Considering that the said Flora McTavish proved the material allegations of her defence, and that the said Frances E. A. Fraser has not made any proof of sufficient force to answer or defeat the effect thereof ;

" Considering that no proceeding has at any time been taken to set aside, rectify or modify in any particulars the said deeds of release and discharge ;

" Considering that more than ten years had elapsed since the said Frances E. A. Fraser became of age, and since the execution of said deeds of release and discharge, and any recourse, if any, the said Frances E. A. Fraser might have had or exercised in the premises, became and was barred and prescribed by said lapse of ten years ;

" Considering that the said Flora McTavish has departed this life, and the said Alexander McTavish Watt and William B. Burland have taken up the instance in the room of the said Flora McTavish in their said quality ;

" Considering that there is error in the judgment rendered in this cause by the Superior Court at Montreal, on the 23rd of February, 1889, the Court of Our Lady the Queen now here doth reverse, annul and set aside the said judgment, and proceeding to render the judgment which the said Superior Court ought to have rendered, doth dismiss the said action of the said Frances E. Fraser with costs, as well in this Court as in the Superior Court,

1889.

Watt & Fraser.

the costs in this Court to be taxed as in a cause of the first class."

Judgment reversed.

Chapleau, Hall, Nicolls & Brown, attorneys for appellants.

Francis McLennan, attorney for respondent.

(J. K.)

September 26, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BABY, BOSSÉ, JJ.

J.-BTE. ST. LOUIS ET AL.,
(*Defendants in Court below*),
APPELLANTS;

AND

L. A. SENÉCAL,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT;

Election law—38 *Vict.* (*Q.*) *s.* 266 (*R.S.Q.* § 425)—*Promissory note—Promise referring to an election fund.*

THE respondent made his promissory note payable to his own order, and endorsed and delivered the same to appellants, who got it discounted; and the proceeds were applied to an election fund of which the respondent was treasurer, the fund being used in promoting the election of members of the Provincial Legislative Assembly. There was an understanding that the appellants would take up the note at maturity, as their contribution to the election fund. The appellants having failed to take up the note it was paid by respondent. In an action by the latter against appellants:

HELD:—That the respondent had no right to recover the amount of the note from the appellants, a promise or undertaking in any way referring to an election fund being void under 38 Vict. (Q.) s. 266, now R. S. Q. § 425.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (WURTELE, J.), Nov. 5, 1887, which was as follows:—

"La Cour, ayant entendu les parties par leurs avocats

respectifs, tant sur leurs motions respectives demandant le maintien de leurs objections à certaines parties de la preuve que sur le mérite de la cause, examiné la procédure, les pièces produites et la preuve, et délibéré :

" Procédant à adjuger sur les motions susdites, les rejette, dépens compensés :

" Et procédant à adjuger sur le fond :

" Attendu que le demandeur réclame des défendeurs la somme de $4,000, le montant de son billet promissoire payable à son propre ordre, en date du 7 mars 1882, qu'il a prêté aux défendeurs pour leur accommodement et qu'il a été obligé de payer à son échéance ;

" Attendu que les défendeurs ont nié que le dit billet leur avait été ainsi prêté, et ont plaidé que le demandeur avait reçu valeur pour le dit billet, et qu'icelui n'avait été endossé par eux que pour le bénéfice du demandeur et sans qu'ils eussent reçu aucune valeur ;

" Considérant que les défendeurs n'ont offert aucune preuve à l'appui de leur plaidoyer, mais que le demandeur, au contraire, a prouvé en substance les allégations de sa déclaration ;

" Considérant que les défendeurs sont redevables au demandeur de la dite somme de $4,000, montant du billet ainsi prêté par lui pour leur bénéfice, avec intérêt du jour de leur mise en demeure ;

" Condamne les défendeurs conjointement et solidairement à payer au demandeur la dite somme de $4,000, avec intérêt du premier juin 1883, date de l'assignation, jusqu'au paiement, et les dépens distraits, etc."

May 19, 21, 1889.]

Ouimet, Q. C., and *Geoffrion*, Q. C., for appellant.

F. X. Archambault, Q. C., for respondent.

CROSS, J., (for the Court) :—

By this action, instituted 29th of May, 1883, L. A. Senécal claims to recover from St. Louis Brothers $4,000, the amount of a promissory note dated the 26th of July, 1882, made and signed by Senécal himself, payable to his

1889.
St. Louis & Senécal.

own order, and endorsed by him, alleging in his declaration that it was, without his receiving any consideration or value, loaned by him as an accommodation to St. Louis Brothers, who endorsed and discounted it for their own profit, appropriating to themselves the proceeds thereof, and undertaking to pay it at maturity, having recognised their liability to do so, more especially to one J. F. Dufresne, and giving their cheque for the amount thereof on the 27th July, 1882, signed by Emanuel St. Louis, one of them.

To this action the Brothers St. Louis pleaded, denying generally the plaintiff 's allegations, and averring that it was untrue that the note in question had been loaned to them or given for their accommodation or without consideration. That Senécal received value and consideration for it on the day it was transferred to them for their endorsement; it was Senécal's own debt ; that they, St. Louis Brothers, got no value for it, but only endorsed it for the benefit and advantage of him, Senécal, who got the proceeds thereof when discounted. That the cheque was the personal affair of Emanuel St. Louis, one of the partners, and was no acknowledgment of indebtedness by them, who owed Senécal nothing, and got no consideration for the cheque. Emanuel St. Louis was wholly unauthorized to bind the partnership, who never acknowledged any liability or in any way authorized Emanuel St. Louis to bind the firm.

Senécal produced as exhibits as well the promissory note in question as a cheque for $4,000 on the Bank of Hochelaga, dated the 27th July, 1882, payable to the order of J. M. Dufresne, signed E. St. Louis, with a protest at the instance of Senécal, dated the 13th September, 1883.

Notwithstanding the allegations both in the declaration and the plea, that the note in question was endorsed by St. Louis Frères, it bears no such endorsement, and does not seem ever to have been so endorsed. The mistake in these allegations seems to have arisen from the fact that it is a second renewal of a promissory note made and

signed by Senécal, of date the 30th November, 1881, and St. Louis Bros., pleading to the demand, did so as if the suit had been for the recovery of the amount of the note of the 30th November, 1881. Their admissions in this respect, therefore, if they could apply, would be applicable to this note of the 30th November, 1881, not in suit. It was incumbent on Senécal, to entitle him to recover, to prove that the note in question was an accommodation note. It does not seem very regular to support this allegation by proof that it was a renewal of an accommodation note for which the St. Louis Brothers were bound to indemnify him. But admitting, for the sake of argument, that such proof might be effective for the defence, let us examine what proof has actually been adduced. Senécal has put forward three theories, not very consistent with each other, to have it thence inferred that the note in question was one of accommodation. The first of these is, that Senécal had rendered services for that amount to St. Louis Bros., in procuring for them payment of their claims against the Provincial Government.

2nd. That he had settled for them a dispute they had with H. T. Beemer, contractor, getting the latter to retire from a partnership which had existed between them and Beemer, and paying for them $4,000 as for a consideration for Beemer retiring from the partnership.

3rd. That the note was given to pay a subscription by the St. Louis Bros., to an election fund of which Senécal had the administration.

The first two grounds are unsupported by the evidence. As to the second it may be remarked, it is proved that the $4,000 given to Beemer as a bonus or consideration for his retiring from a contract, was provided for by St. Louis Bros. themselves.

With regard to the third ground, the two brothers, partners of the firm of St. Louis frères, were both examined. Neither of them admits that the original note or renewals were either of them given for their accommodation; on the contrary, they persist in saying that what they had to do with the transaction was for the accom-

1889.
St. Louis & Senécal.

modation of Senécal. Jean Baptiste explains that he had little to do with the transaction, save that when the original note was delivered to him by Dufresne, he took it over to the Hochelaga Bank, returned with the proceeds, which he handed to Dufresne for Senécal, or rather laid the money on the table, so that he might get it. Emanuel St. Louis, who seems to have been the negociator, corroborates his brother's story about the discount, and states that he handed the money to Dufresne for Senécal. He admits that he signed the cheque for $4,000, but denies that it had anything to do with the transaction involved in this suit. He explains that the $4,000 was to be given to Senécal as a bonus or consideration for securing to St. Louis Bros. the payment by the Government of a claim for $25,575, which they were then making for damages and extras under their contract with the Government for the construction of the work-shops of the North Shore Railway, Senécal being at the time Government Superintendent of said railway, and acting as referee, to whom the Government had submitted the claim of the St. Louis Bros. for his report. The cheque, he says, was his personal affair, and in no way bound the firm, from whom he had no authority in the matter, and because the claim was only allowed to the extent of $19,000 he did not consider himself bound to pay the cheque, his promise being conditional that the claim should be allowed and paid in full. In this respect he is to some extent corroborated by Dufresne. The plaintiff's case was not made out by this evidence. The defendants could not by their own evidence make a case for themselves, but their statements tend to elucidate the other evidence.

Dufresne, who acted as intermediary and agent of Senécal, explains that the note sued on was a second renewal of a note of Senécal for a like amount, of date the 30th Nov., 1881, which was made and discounted to raise funds to be employed in the general elections of 1881, then about to be held, to choose members of the Provincial Parliament, in which election Senécal was active and deeply interested for the Government, and probably in

regard to the sale of the North Shore railroad then being agitated. Dufresne says that at his solicitation the St. Louis Bros. agreed to subscribe to the electoral fund to the extent of $4,000, to be paid when they should receive their money from the Government and should be indemnified for their damages and losses. They said, that is Emanuel St. Louis said, at the time, that they could not make that subscription unless the Government adopted their account for damages and extras. Senécal was at the time superintendent, and controlled everything. These negociations were with Emanuel St. Louis.

Other witnesses were examined to shew that Emanuel St. Louis acknowledged a liability and would have been willing to pay his half of the amount if his brother had been willing to contribute his half share.

In my opinion, Senécal does not succeed in proving that the note sued on, or the original note, was, on his part, an accommodation note to the Brothers St. Louis. It is tolerably clear that he himself got the proceeds of the original note; he may have considered it a contribution by the Brothers St. Louis to the electoral fund. On their part the St. Louis Brothers, or Emanuel St. Louis, the one of the two who was the most implicated, seems to have understood that the $4,000 was a bonus or subscription to be contributed by them to the electoral fund in case Senécal should, by his influence, succeed in getting their account for damages and extras allowed, and when they should be paid that account. The consideration that Senécal was to get for his note appears to me to have been objectionable on two grounds: 1st. It was immoral, being in the shape of a bribe to influence Senécal, an official, to report in their favor. If accepted by him as such it was an illegal consideration. If not so accepted there was no consideration, as no other is shewn. And 2ndly, Their promise to indemnify Senécal was a nullity under the Statute of Quebec, 38 Vic., c. 7, sec. 266, now continued in force by Art. 425 of the Revised Statutes of Quebec, which provides that "Every contract, promise or

1889.
St. Louis & Senécal.

" undertaking, in any way referring to, arising out of, or " depending upon, any election under the said Act, even " for the payment of lawful expenses or the doing of some " lawful act, shall be void in law."

There is nothing to show that even the original note was endorsed by St. Louis Brothers, save that both parties seem to take it for granted that it was ; the supposition thus indicated, is probably correct.

I cannot see that the evidence makes out a case for Senécal. He twice renewed the note without asking the St. Louis Brothers to endorse it; he got the proceeds of the discount of the first note drawn by himself. I do not think that the whole circumstances of the case, taken together, shew that he had the promise of the St. Louis Brothers to indemnify him for the giving or payment of the note, more especially the note sued on, and if he had such promise, it was void in law as connected with the election.

It is easily perceived the motive Emanuel St. Louis had in creating expectations that the sum of $4,000 would be paid to Senécal. From the position Senécal held, Emanuel St. Louis no doubt judged that the contribution of the $4,000, for the influence it would have on the claim of the firm on the Government, would be a paying investment; but he evidently did not feel disposed to let go his hold upon this sum until assured that it would bear fruit and return him a profit.

Dufresne, who acted as intermediary and was Senécal's agent, mentions in his evidence that he told the Messrs. St. Louis that their subscription would facilitate the settlement of their claim for damages, and he says that the manner in which he understood it would so facilitate was because Senécal was the Superintendent-General of the Railroad, and as such naturally had the control.

We are of opinion that the judgment of the Superior Court in favor of Senécal should be reversed, and his action dismissed with costs against his representative now in the cause by *reprise d'instance.*

The judgment is as follows :—

"The Court, etc.....

"Considering that the promissory note for $4,000, of date 7th March, 1882, made by the respondent Louis A. Senécal, drawn payable to his own order, and endorsed by him, but not endorsed by the appellants, being the promissory note for the amount of which the present action is brought, is a second renewal of a promissory note for the same amount, of date 30th November, 1881, which original promissory note and renewals, he claims, were made by him and delivered to the appellant's for their accommodation, and that the said promissory note of date 7th March, 1882, was taken up and paid by him at maturity, without his ever having received any consideration for the same ;

"Considering that the said promissory note of date 30th Nov., 1881, was by the appellant Emmanuel St. Louis procured to be discounted with a view of the proceeds thereof being used for promoting the election of members of the Provincial Assembly, and the said proceeds thereof were thereupon by him handed and delivered over to Joseph Moïse Dufresne, the agent of the said respondent Louis A. Senécal, who thereupon handed the same over to the said respondent Louis A. Senécal, as part of an electoral fund for which he, the said Louis A. Senécal, was chief treasurer, to be used by him in promoting the election of members of the Provincial Assembly then about to take place, and with the understanding that the said promissory note was given by way of accommodation to the said appellants who would contribute to said electoral fund by taking up and paying the same at maturity ;

"Considering that any promise or undertaking which the appellants, or either of them, may have made to contribute to the said electoral fund, or to indemnify the said respondent Louis A. Senécal, in regard to his liability on said promissory note, was and is void in law, in virtue of sect. 266 of 38 Vict. (Q.) ch. 7, now reproduced in § 425 of the Revised Statutes of the Province of Quebec ;

1889.
St. Louis & Senécal.

" Considering that the appellants are not in law liable to pay or make good the amount of the said promissory note which is sued upon in this cause;

" Considering therefore that there is error in the judgment rendered by the Superior Court in this cause at Montreal, on the 5th of November, 1887;

" Doth reverse, annul and set aside the said judgment, and proceeding to render the judgment which ought to have been rendered, doth dismiss the action of the respondent (plaintiff below) with costs as well in the Court below as in appeal, said costs to be taxed in this Court as in a cause of the second class."

Judgment reversed.

Ouimet, Cornellier & Emard for appellants.

Archambault & Pelissier, for respondent.

(J. K.)

November 23, 1889.

Coram DORION, Ch. J., CROSS, BABY, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

LA COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER URBAIN DE MONTRÉAL

(*Defendant in Court below*),

APPELLANT;

AND

CHARLES WILSCAM

(*Plaintiff in Court below*),

RESPONDENT.

Street Railway—Collision between tramway car and cart—Negligence of conductor of car—Responsibility of employer.

HELD:—(Affirming the decision of the Court of Review, M. L. R., 4 S. C. 193), Where the respondent, a passenger on a street car, while standing on the platform or step of the car, was injured by a passing cart loaded with planks, that as the immediate cause of the accident was the conductor's want of vigilance in failing to stop the car (as he

might have done) in time to avoid the collision, the appellants, his employers, were responsible. The fact that the respondent was standing on the platform at the time of the accident did not relieve the appellants from responsibility, inasmuch as the car was crowded, and he was permitted to stand there by the conductor, who had collected fare from him while he was in that position.

1889.

Cie. de Chemin de Fer Urbain & Wilscam.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, Sept. 29, 1888, condemning the appellants to pay $400 damages. The judgment of the Court below is fully reported in M. L. R., 4 S. C., pp. 193–200.

Nov. 15, 1889.]

A. Branchaud, Q. C., for appellant :—

C'est le propriétaire de la charrette qui est seul responsable de cet accident ; car c'est lui par son fait et sa maladresse et imprudence qui a frappé la jambe de l'intimé en tournant sa voiture avant que le char fut défilé ; ce charretier n'aurait pas dû dévier de sa ligne droite avant que le char fût entièrement passé. Il aurait peut-être été différent si l'intimé eut été sur le devant du char, et si le cocher, avant de laisser le conducteur de la charrette se mettre en dehors de la voie à une distance suffisante, eut continué sa route de manière à causer une collision entre le char et la charrette qui aurait causé la blessure dont se plaint l'intimé ; alors la responsabilité de l'action serait sans doute retombée sur l'appelante ; car dans ce cas-là son cocher aurait commis une imprudence, n'ayant pas attendu que la voie fût libre pour continuer sa route.

Du moment que la voie était devenue libre comme il a été prouvé, le conducteur en laissant continuer le char, ne faisait qu'user du libre exercice du droit de l'appelante. La charrette une fois en dehors de la voie et laissant le passage libre, le conducteur ne pouvait prévoir ni empêcher l'acte imprudent du propriétaire de la charrette, mais au contraire voyant que le devant avait passé librement et sans difficulté le derrière de cette charrette, il avait raison de croire que le restant du char qui est de la même largeur en arrière passerait de la même manière.

On s'appuira finalement sur le fait que si le char n'eut pas été surchargé, l'intimé aurait pu avoir une place dans

1889.

Cie. de Chemin de Fer Urbain & Wilcam.

l'intérieur et aurait évité l'accident. Nous croyons ce raisonnement faux dans l'espèce actuelle. L'intimé aurait bien aussi pu se tenir sur les marches de la plateforme quand bien même les chars n'auraient pas été surchargés, et devenir la victime de l'accident tout de même. S'il était en dehors c'était de sa faute, il pouvait se mettre dans l'intérieur entre les sièges.

L. O. David, Q. C., for respondent :—

L'appelante avait implicitement contracté l'obligation de transporter l'intimé *with the utmost care and diligence.* Elle a violé cet engagement ; elle a exposé la vie de l'intimé, et cela suffit pour la faire condamner. Après cela, que Lavallée ait tiré à droite ou non ; qu'il ait fait son possible pour éviter l'accident ou qu'il ait été négligent ; que le derrière des planches ait frappé l'intimé et non pas l'essieu, que nous importe ? Si l'appelante avait arrêté son char, l'accident ne serait pas arrivé. C'est toute la cause. Si Lavallée n'a pas fait son devoir que la compagnie l'appelle en garantie. L'intimé devait légalement et naturellement s'adresser à la compagnie qui s'était chargée de le protéger. " If two persons wrongfully block up a street, " so that one is injured in attempting to pass them, nei- " ther of the culpable parties can excuse himself by show- " ing the wrong of the other, for the injury is a natural " and proximate result of his own act under the then ex- " isting circumstances, and to excuse either would be to " deny all remedy in the case of plain and palpable in- " jury. But if the acts of neglect were not concurrent in " time and the party last in fault was chargeable with " some duty, which if performed would have prevented " the injury, the law will attribute to his culpable con- " duct the injurious consequence and refuse to look " beyond it." (Cooley, Torts, pp. 78 et 79). Voyez aussi : Sirey, Table générale, vo. Voitures publiques, p. 541, nos. 88 et 89 (1791 à 1850).

Le deuxième motif de l'appelante c'est que l'intimé aurait eu tort de prendre passage à bord d'un char trop chargé et qu'il n'aurait pas dû se tenir sur la plateforme.

On répond à cela que le conducteur, en collectant le

prix de son passage et en le laissant à cet endroit, a acquiescé à cet état de choses. Ce n'est pas, dit Laurent, au voyageur qu'il incombe de prévenir le danger qui résulte d'une surcharge, c'est là le devoir du conducteur, (vol. 20, § 487). Et il ajoute que la faute ne peut être niée quand il y a contravention aux règlements. Au parag. 472, il rapporte un cas où la Cour de cassation a décidé que le courrier d'une malle-poste était responsable d'un accident arrivé sur le boulevard public, puisqu'il n'avait pas ralenti la marche de sa voiture et n'avait pas sonné son cornet, quoique cependant la marche rapide soit autorisée par les règlemens. (Voy. Sourdat, vol. 2, § 977.)

Le char était encombré. Le conducteur lui-même l'admet.

Le fait que son char était trop chargé aggrave la faute de la défenderesse. Mais, dit-on, le demandeur devait bien le voir. Ce n'est pas une raison. Voy. D. P. 53, 2, 76 et 63, 5, 329 ; Hilliard, vol. 2, p. 368. D'abord la compagnie a acquiescé puisqu'elle a collecté le prix de son passage à cet endroit. Ensuite l'ordre public est intéressé à ce que les compagnies transportent les voyageurs avec la plus grande sûreté possible. Le juge doit même protéger le public contre cette violation persistante de ses règlements dont la compagnie se rend tous les jours coupable. (Voy. ss. 28 et 30 du règlement No. 148 de la cité). Ajoutons avec Hilliard : " *The unlawfulness of the act com-* " *plained of is often made the test of the defendant's liability.*" (Law of torts, vol. I, pp. 97 et 98). La compagnie ayant violé son règlement qui lui défend de surcharger ses chars, elle doit être plus rigoureusement punie. Cet argument retombe donc de tout son poids sur l'appelante.

BABY, J. :—

It is proved that the car could have been stopped in time to avoid the accident, and that it was owing to lack of vigilance on the part of the conductor that it was not stopped. He went on at his peril. The appellants were rightly held responsible for the negligence of their employee, and the judgment must be confirmed.

1889.

Cie. de Chemin de Fer Urbain & Wilscam.

DORION, Ch. J.:—

It is not without a great deal of doubt that I assent to the conclusion arrived at by the majority of this Court. The first Court declared that the accident was due to the fault of the carter who was passing with a load of wood. I am under the impression that this judgment was correct. But the Court of Review reversed that judgment, and the majority here concur with the decision of the Court of Review. I may refer to a case somewhat similar in England (*Matthews* v. *London Street Tramways Co.*, 11 Leg. News, 405). The plaintiff was on the outside of an omnibus, and was injured by the omnibus coming into collision with a tramway car. The judge asked the jury whether the sole cause of the accident was the negligence of the driver of the tramway car. Upon this the jury found for the tramway company, defendants. After this finding the further question was left, whether the accident would not have happened but for the negligence of both omnibus and tramway car. Upon this question the jury were unable to agree. The plaintiff moved for a new trial upon the ground of misdirection, and the motion was granted on the ground that the case was not properly presented to the jury; that the direction should have been: "Was there negligence on the part of the tramway car driver which caused the accident."

Judgment confirmed.

Judah, Branchaud & Bauset, for appellant.

David, Demers & Gervais, for respondent.

(J. K.)

January 25, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

THE NATIONAL ASSURANCE CO. OF IRELAND,
(*Defendants in Court below,*)
APPELLANTS;

AND

HENRY V. HARRIS,
(*Plaintiff in Court below,*)
RESPONDENT.

Insurance, Fire—Loss, if any, payable to person named in policy —Conditions of policy—Breach by owner of property— Preliminary proofs of loss.

HELD:—(CROSS and DOHERTY, JJ., *diss.*), Following *Black & National Ins. Co.*, 24 L. C. J. 65, that where a policy of insurance against fire, taken out by the owner of real property, declares that the loss, if any, is payable to a person named therein, (without specifying the nature of his interest), such person becomes thereby the party insured, to the extent of his interest, and his right cannot be destroyed or impaired by any act of the owner of the property; (*e. g.* an assignment of the property insured without notice to the company); and he may make the preliminary proofs of loss in his own behalf notwithstanding an express provision in the policy to the contrary.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal, (PAPINEAU, J.), Nov. 8, 1887, maintaining the respondent's action.

The action was brought upon a policy of insurance issued by the appellants, insuring certain property owned by one Racine; loss, if any, payable to the respondent, Harris.

The declaration alleged:—

That on the 10th November, 1885, the respondent sold two lots of land to one Racine, who undertook to pay for the same the sum of $700 with interest, and in the deed of sale granted mortgage and privilege of *bailleur de fonds* for the payment of the same, and obliged himself to keep the buildings erected on the property insured.

1889.
National Ass. Co. & Harris.

That afterwards, by another deed, Racine acknowledged himself to be indebted to the respondent in a further sum of $300, which he promised to repay with interest at seven per cent., and further mortgaged and hypothecated the property to the extent of $300, obliging himself to keep the buildings on the property insured for a further sum of $300.

That in pursuance of these undertakings, Racine insured the buildings upon the property with the company appellants.

That the company appellants, on the 8th November, 1885, executed their policy of insurance, whereby they undertook to make good all loss and damage "if any, to H. V. Harris."

That the premiums were paid, and that the property was destroyed by fire on the 7th January, 1887.

That the property destroyed was worth about $2,000, and the appellants were duly notified of the fire, and that the respondent had observed all the conditions endorsed upon the policy.

That the hypothecary obligations from Racine to the respondent were still in force and unpaid, with interest, amounting in all to the sum of $1035.

The declaration prayed for the condemnation of the plaintiffs in said sum.

The appellants pleaded three exceptions, and a general denial.

By the first exception the execution of the policy was admitted, subject to the terms and conditions therein contained and endorsed thereon, and that by the policy it was agreed that if Racine should suffer any loss by fire for which the appellants should be liable, the amount thereof should be payable to "H. V. Harris," the respondent.

That Racine suffered no loss by the fire, and had not made any claim upon the appellants by reason thereof.

That by one of the conditions endorsed upon the policy of insurance, and forming part of the contract thereby made and entered into, it was especially stipu-

lated :—" If the property insured is assigned, without " written permission endorsed hereon (to wit on the said " policy) by an agent of the company duly authorized for " such purpose, the policy shall thereby become void, but " this condition does not apply to change of title by suc- " cession, or by the operation of the law, or by reason of " death."

That by deed passed before Doucet, notary, on the 27th November, 1886, Racine, in consideration of the sum of $2323, of which $1323 were then and there paid in cash, sold the property and premises mentioned and insured by the policy, to one Dame Mary Scott Heron, wife of Charles Gowans.

That by said deed, Mary Scott Heron obliged herself to pay the balance of the purchase money, to wit, $1000, to the respondent, to the acquittal of Racine in accordance with the terms of the two deeds of obligation referred to in the respondent's declaration.

That moreover, after the purchase of the property, Mary Scott Heron insured it for her own benefit, or for the benefit of respondent, for the sum of $1200 with the Hartford Insurance Company of Hartford.

That the property insured under the policy was sold and assigned without permission of the appellants and without their knowledge or consent, and that they were ignorant of the sale until after the occurrence of the fire, and that by reason of the premises, the policy of insurance became void.

By the second exception the making of the policy was admitted, and it was alleged that by one of the conditions endorsed thereon, and forming part of the contract entered into, it was specially stipulated that in the event of any loss occurring for which the appellants should be liable, the proof of loss should be made by the insured, although the loss should be made payable to a third party.

That by another condition endorsed on the policy and forming part thereof, it was specially stipulated that the loss should not be payable until sixty days after completion of the proofs of loss, and that the said Racine, who

1889.
National Ass. Co. & Harris.

was the insured under the policy, had suffered no loss by reason of the fire, for which the appellants could be held liable, and had not made or furnished any claim or proofs of loss whatever.

That by reason of the said conditions and of the premises, the respondent had no right of action, and no claim under the said policy of insurance.

By the third exception it was alleged,—that in and by the condition endorsed upon the policy of insurance, and forming part of the contract, it was specially stipulated that the appellants should not be liable for loss if there should be any prior insurance in any other company, unless the assent of the appellants should appear in the policy of insurance or endorsed thereon, nor if any subsequent insurance should be effected in any other company, unless the appellants should assent thereto by writing, signed by their chief agents.

That a subsequent insurance was effected on the property so sold on the 27th November, 1886, with the Hartford Insurance Company of Hartford, on the 27th of November, for the sum of $1200.

That the appellants were never notified of this subsequent insurance, and never assented to the same, and were not liable for any loss which the respondent may have suffered or pretended to have suffered.

The Court below maintained the action by the following judgment:—

"La Cour, etc.....

"Considérant que dans son action le demandeur allègue avoir vendu le 10 novembre 1885, au nommé Narcisse Racine, les immeubles désignés dans sa déclaration pour $700, avec intérêt à sept par cent, avec privilége et hypothèque spéciale de vendeur, et que le dit Racine pour sûreté du remboursement de cette créance s'est obligé d'assurer et de tenir assurées les bâtisses construites sur les dit immeubles, et de transporter la police d'assurance au demandeur;

"Considérant que le dit Racine s'est reconnu endetté envers le demandeur d'une autre somme de $300 et

intérêt à sept par cent, par acte portant hypothèque sur les dits immeubles en date du 6 avril 1886, et s'est obligé de faire assurer et de transporter la police d'assurance pour cette dernière somme au demandeur; que le dit Racine en accomplissement des obligations par lui contractées dans les deux actes précités a fait assurer les dites bâtisses par la compagnie défenderesse en vertu de sa police No. 205,723 en date du 8 novembre 1885, et a stipulé que la perte, s'il y en avait, serait payable à H. V. Harris, le demandeur; que les bâtisses assurées ont été entièrement détruites par le feu, le 7 de janvier 1887, moins les fondations en pierre; que les bâtisses avec la propriété valaient alors $2,400; que le demandeur a fourni au moins soixante jours avant la date de sa poursuite preuve à la dite compagnie défenderesse de la perte subie à cause de l'incendie en question; que la créance du demandeur en capital et intérêt au 1er février 1887, etait de $1,035, qu'il a réclamée par protêt notarié avant l'action et qu'il réclame encore;

"Considérant que la compagnie défenderesse plaide qu'elle a assuré par sa dite police la propriété de Narcisse Racine, avec convention que la perte éprouvée par le dit Racine serait payable au demandeur, mais que Racine n'a éprouvé aucune perte par l'incendie en question et n'a fait aucune réclamation; qu'une des conditions de la dite police était que si la propriété était transportée sans la permission de la défenderesse écrite sur la dite police, celle-ci deviendrait nulle; que par acte de vente du 7 de novembre 1886, devant Doucet, notaire, Narcisse Racine avait vendu la propriété en question pour $2,323 à Dame Mary Scott Heron, épouse de Charles Gowans, dont $1,323 ont été payées comptant, et le reste, $1,000, a été stipulé payable au demandeur, en exécution des obligations que Racine avait contractées au profit du demandeur par les deux actes précités;

"Considérant que la défenderesse plaide encore que la dite Dame M. S. Heron a fait assurer les dites bâtisses, pour son bénéfice ou celui du demandeur, au montant de $1,200 dans la compagnie d'assurance de Hartford, sans

1889.
National Ass. Co. & Harris.

avis à la défenderesse de cette seconde assurance, ce qui était contraire aux conditions de la dite police et la rendait nulle ;

" Considérant qu'il appert à la face de la dite police qu'elle n'était originairement payable au demandeur que jusqu'à concurrence de la somme de $700, et que plus tard par une modification, apparaissant aussi sur la face de la police, la perte fut faite payable sans restriction à H. V. Harris, le demandeur ;

" Considérant que la défenderesse a dû avoir connaissance de la nature et de l'étendue du droit du demandeur, puisqu'elle a consenti à augmenter le montant payable au demandeur en proportion de l'augmentation de l'intérêt de celui-ci après la date de la police ;

" Considérant qu'il est prouvé que la perte causée par l'incendie du 7 de janvier 1887, aux bâtisses assurées est d'au moins $1,500 ; que la défenderesse n'a pas nié spécialement l'étendue de la perte ni la régularité de la réclamation produite par le demandeur, mais que sa contestation est fondée sur ce qu'elle prétend que le demandeur n'a aucun droit de recouvrer en vertu du contrat d'assurance mentionné dans la déclaration et dans les défenses ;

" Considérant que le jugement prononcé par la Cour du Banc de la Reine, en appel, le 20 décembre 1879 dans la cause de *Black & al. & The National Insurance Company*, 24 L. C. J. 65, doit guider cette Cour dans l'appréciation des points en contestation, et que la défenderesse en acceptant l'obligation de payer le montant assuré au demandeur actuel en cas de perte par le feu, l'a considéré comme étant, de fait, l'assuré, et que les actes subséquents de Racine et de ses successeurs n'ont pu affecter les droits du demandeur, and que celui-ci a prouvé les faits nécessaires au soutien de sa demande pendant que la défenderesse n'a pas établi ses défenses ;

" La Cour renvoie les dites défenses, et condamne la défenderesse à payer au demandeur la dite somme de $1,035, avec intérêt, etc."

Nov. 19, 1888.]

J. C. Hatton, Q.C., for the appellants:—

In accordance with the terms of the condition, firstly pleaded, the policy became absolutely void upon the sale of the property by Racine to Dame Heron without the written permission of the company. The wording of the condition is as follows:—

"If the property insured is assigned without a written "permission endorsed hereon by an agent of the company "duly authorized for such purpose, the policy shall there- "by become void, but this condition does not apply to "change of title by succession, or by the operation of the "law, or by reason of death."

Nothing could be more explicit. The property was sold 27th November, 1886, by Racine to Dame Heron. She paid $1,323 in cash, and undertook to pay the $1,000 owing to Harris under the two obligations, in his favour, to the acquittal of Racine, and actually did pay two instalments of interest, and moreover insured the property for her own benefit.

The two conditions of the policy pleaded by the appellants in their second plea are equally clear and explicit in their terms:—

12.—"Proof of loss must be made by the insured, "although the loss be payable to a third party."

17.—"The loss shall not be payable until sixty days "after completion of the proofs of loss, unless otherwise "provided by statute or the agreement of the parties."

Racine was the person insured, and Harris was the person to whom the amount of the loss, if any, was payable. Racine made no claim and furnished no proof of loss, for the best of all reasons, namely, that he had suffered none.

The condition of the policy thirdly pleaded, is as follows:—

"The company is not liable for loss if there is any prior "insurance in any other company, unless the company's "assent thereto appears herein or is endorsed hereon, nor "if any subsequent insurance is effected in any other

1889.
National Ass. Co. & Harris.

" company, unless and until the company assents thereto " by writing signed by the duly authorized chief agents."

The subsequent insurance with the Hartford Insurance Company is proved by the evidence of Mr. Gowans. If the respondent pretends that the policy in the National Company was in force at the time of the fire, notwithstanding the sale to Dame Heron, then he is responsible for this second insurance, of which he should have given notice as required by the policy. The second insurance was not notified to the company, and was not consented to, and consequently under this condition of the policy, the appellants cannot be held liable for the loss. In this connection we have the evidence of Mr. Bourne, the agent of the company, who says that he would not have consented to another insurance of $1,200. The reason is apparent. If the two insurances had existed they would have amounted to $2,400 on buildings which, according to the evidence, were at the outside valued at $1,750.

The judgment appealed from, assumes that the company were fully aware of the nature and extent of Harris' rights. There is not a tittle of evidence to show this. On the contrary it is proved that the company dealt only with Racine the assured. He applied for the policy and he paid the premium. The respondent made no attempt to prove that the company had any knowledge, prior to the occurrence of the fire, as to what Harris' interest was. It is not disclosed in the policy in any way nor is there the slightest evidence anywhere to indicate what it was.

The judgment also assumes that the company considered Harris as the assured, notwithstanding the terms of the policy and the entire absence of proof to that effect, and assimilated the case to that of *Black & The National Insurance Co.* (24 L. C. J. 65) upon which the respondent solely relied. The appellants submit that the present case is totally different from the Black case. In that case it was held that where the insurance was made payable to mortgagees as such, the policy would not be voided as against the mortgagees, by a subsequent insurance effected in the name of the debtor by other creditors, the

mortgagees being ignorant of the second policy. In the Black case the proofs of loss were made by the debtors who were the assured, and they also joined in the action. The only point raised in this connection was that the proofs were not furnished in time.

In the present case Harris was aware of the sale to Dame Heron, and actually received payment of two instalments of interest upon his two mortgages from her. He was also aware of the second insurance in the Hartford Insurance Company, as he mentions it in his claim.

It is submitted :—

1. That by the sale of the property without notice to, or the consent of the company, the policy was rendered void.

2. That even if the policy continued in force notwithstanding the sale, it was rendered void by the subsequent insurance in the Hartford Insurance Company without notice to and without the consent of the company appellants.

3. That assuming the policy to have continued in force notwithstanding the sale, and notwithstanding that the second insurance was effected upon the same property without notice and consent, still the proofs of loss should have been made by Racine, the assured, and no claim having ever been made, or proofs furnished by him, no claim is payable to the respondent.

4. Racine suffered no loss, and consequently no sum is payable to the respondent.

The following authorities, among others, were cited by appellants :—

Policy voided by sale of property insured without consent of company, or by subsequent insurance without notice to and consent of company.

"One to whom has been assigned, with the consent of " the insurers, all the interest of him to whom the policy " is payable in case of loss, is not the assignee of the " policy, and is affected by any subsequent acts of the " assured."

1889.

National Ass. Co. & Harris.

Hale v. *Mechanics Insurance Co.* 6 Gray, 169 (1856).

" A mortgagee of real estate, to whom a policy of insur-
" ance thereon, effected by the mortgagor, is made payable
" in case of loss, is not the assignee of the policy, and is
" affected by subsequent acts of the assured in alienating
" the property contrary to the terms of the policy."

Loring v. *Manufacturers Insurance Co.*, 8 Gray, 28 (1857.)

" It is the parties insured, and not those to whom pay-
" ment is to be made that are the parties bound by the
" terms of the policy. A designation of payment to
" mortgagee is not an insurance of mortgagee's interest;
" the latter takes it subject to the conditions on its face."

Continental Ins. Co. & Heilman, Supreme Court of Illinois, Insurance Law Journal, Vol. 9 (1880), p. 91.

" It is merely a designation of the person to whom it is
" to be paid, and is not an assignment of the policy.
" Hence it is the damage sustained by the party insured,
" and not by the party appointed to receive payment, that
" is recoverable from the insurers. The insurance being
" upon the interest of the insured, if he parts with that
" interest before the fire, no loss is sustained by him, and
" of course none is recoverable by his assignee or
" appointee. In other words, a policy made 'payable to
" A in case of loss' is an agreement upon the part of the
" insurers that A shall recover whatever the person
" originally insured would be entitled to recover in case
" of loss; that is, it is a contingent order or assignment
" of what may become due under the contract, and not
" an absolute transfer by virtue of which the assignee
" acquires the full rights of an assignee of a chose in
" action."

Flanders on Fire Insurance, 2nd Ed., p. 488.

C. H Stephens, for the respondent:—

The only points raised in this case have already been formally decided by this Court in the case of *Black & National Insurance Co.*, and this decision has been expressly followed by the Court below in deciding this one.

The respondent sold to one Racine a certain property

in St. Lamberts, on which were two dwelling houses, recently erected.

In part payment of the purchase price the respondent took a mortgage on the property to the extent of $700, the purchaser Racine agreeing and undertaking to keep the property insured to an amount sufficient to cover the mortgage to respondent. This was done. The property was insured with the company appellant, for $1,200, " the loss, if any, *to the extent of* $700, payable to H. V. Harris."

Afterwards, Racine acknowledged to owe, and gave to respondent a mortgage on the same property, for the further sum of $300, subject to the same condition as to insurance. The policy already issued was then made payable to respondent for its full amount of $1,200, with the consent of the company appellant, who struck out the restricting words—" to the extent of $700." The policy was issued for three years, and the premium for the entire term was paid in advance. It is worthy of note that the amount of the policy, $1,200, almost exactly covers the amount of the two mortgages and interest for the three years the policy was taken out, and was no doubt so intended by the parties to it.

Subsequently to the issue of the policy, however, Racine sold the property to Mrs. Gowans for $2,323, of which $1,323 was paid cash, and the mortgage of Harris assumed by the purchaser for the balance. To cover her interest, or what she had paid in cash, Mrs. Gowans, immediately on signing her deed of purchase, insured the property in the Hartford Insurance Company for $1,200.

On the 7th January, 1886, following these events, and while the policy was still in force and the mortgages still unpaid, the buildings were totally destroyed by fire. Respondent immediately gave notice to the company appellant, and filed with them the statement and proofs of loss required by the terms of the policy, all of which is admitted by the respondent.

1889.

National Ass. Co. & Harris.

The company, however, refused to pay, and in defence allege three things:—

1. That no notice was given *by the assured*, or, in other words—that respondent was not the assured so as to be able to give a valid notice.

2. That after they issued the policy in question, the property was transferred to another without their consent.

3. That after they issued the said policy, the property was insured in another company without their consent.

All these points mean the same thing, viz., that the policy issued to protect Harris, the mortgagee, was voided by the subsequent acts of Racine. It is not necessary here to recite all the arguments and authorities which have from time to time been brought to bear on this question. They are all set out at length in the judgment of this Court in the case of *Black & The National Assurance Co.*, 24 L. C. J., p. 65.

The questions decided there, so fully cover this case that it might be thought unnecessary to add anything. But in the case of *Stanton & The Home Insurance Co.* (24 L. C. J., p. 38), the late Judge Ramsay said (as to the first point): "It is evident that the party who is to make the "statement (of loss) *is the person who is to benefit by the* "*insurance directly, and that the original insured is probably* "*not in a position to make a particular statement after the fire,* "*and is certainly not interested in taking these proceedings.*" That is precisely the case here. The respondent, the mortgagee, was from the time the policy issued really the insured and not Racine.

The policy was expressly taken to protect his mortgage, and from the time it was signed till the property was destroyed, he did nothing to affect or prejudice his rights in it. He was no party to the subsequent acts of Racine, and, as a matter of fact, knew nothing about them. How then, in law or equity, can his rights be affected by the acts of Racine?

Standing in the position of the assured, and being the only person claiming, or having any right or interest to

claim under the policy in question, he made the statement and observed the formalities required by the policy, and is entitled to recover.

The respondent also cited *Elliott & National Ins. Co.*, 23 L. C. J. 12.

CROSS, J. (*diss.*) :—

On the 10th November, 1885, H. V. Harris, the now respondent, sold a property to Narcisse Racine, retaining a hypothec thereon with privilege of *bailleur de fonds* for $700 of the price, Racine agreeing to keep the property insured to cover this amount in favor of Harris. Racine thereupon effected an insurance with the now appellants for three years to the amount of $1,200, making the loss, if any, as expressed in the policy, payable to Harris to the extent of $700.

Racine, afterwards, on the 6th of April, 1886, gave Harris a further hypothec on the property for an additional sum of $300, which he acknowledged to owe Harris. The original policy seems then to have been altered so as to make the whole $1,200 payable to Harris in the event of loss to that amount.

On the 27th November, 1886, Racine sold the property to Mary Scott Heron for $2,323, whereof $1,323 was paid in cash and the balance of $1,000 was, by the conditions of the sale, agreed to be paid to Harris in discharge of Racine in extinction of the two hypothecs above mentioned, and in accordance with the two deeds between Harris and Racine constituting these hypothecs.

Mary Scott Heron subsequently insured the property for $1,200 in the Hartford Insurance Co.

Harris brings the present action by which he claims indemnity to the amount of his two hypothecs whereof no mention is made in the policy, although an equal amount is thereby made payable to him by the policy.

The appellants, the National Assurance Co. of Ireland, plead 1st. A condition of their policy to the effect that if Racine suffered loss by fire, it should be paid to him, but that he, Racine, had suffered no loss, having sold the property prior to the fire.

1889.

National Ass. Co. & Harris.

2nd. That if the property insured should be assigned without the written permission of the company being obtained and endorsed on the policy, the policy should thereby become void; that Racine having assigned the property to Mary Scott Heron, the policy of the company appellants thereon was thereby avoided, and Harris, by virtue of Racine's deed to her, became entitled to recover from her the $1,000 which she had undertaken to pay him by said deed, and she herself had provided for her own indemnity by insuring the property for $1,200, of which insurance the company had received no notice, which second insurance, without the consent of the company, rendered the policy of the said National Insurance Co. of Ireland, the appellants, void.

That a further condition of the policy required Racine as the assured to furnish proofs of loss within sixty days after the fire, and until such proofs were furnished, the loss should not be payable; that Racine, the insured, had furnished no proofs of loss whatever, consequently no loss could be payable to him.

The questions raised are therefore, 1st. Did the sale by Racine to Mary Scott Heron avoid the policy?

2nd. Did the subsequent insurance by Mary Scott Heron avoid the policy?

3rd. Were the preliminary proofs furnished by Harris, a compliance with the condition of the policy, requiring such proofs from the assured, or should they have been furnished by Racine?

After the ample discussion of these points in the elaborate judgment of this Court in the case of *Black* v. *The National Insurance Co.*, 24 L. C. J., p. 65, it would seem waste of time to travel through the series of contradictory decisions there cited, and which the history of these controverted points affords I think, however, that an inference may be drawn from the decisions on this subject, as well as from the application of the principles of law to this particular case, which may help to arrive at a decision more or less satisfactory.

Although the present has much in common with the

case of *Black et al.* v. *The National*, yet it differs on points which seem to me essential. In *Black* v. *The National*, the insurance was effected by the owner of the property, and the indemnity *made payable to J. and H. Black as mortgagees to the extent of their claim*. In the present case the indemnity is simply made payable to Harris without any enunciation that Harris is a mortgagee, or has otherwise any interest in the subject insured. This distinction does not seem to have been treated as of importance in the case of *Black* v. *The National Insurance Co.* However it is one point, and I think a material one, in which the case of *Black* v. *The National Insurance Co.* differs from the present. Another point of difference, and I think also a material one, is that the policy in the present case contains a condition which does not appear to have existed in the case of *Black* v. *The National Insurance Co.*, that condition being that in the event of loss the assured would furnish the proof of loss, usually called the preliminary proof, although the loss was made payable to a third party.

A preliminary enquiry to assist in the elucidation of the case seems to be to decide who was the insured in this case, and what was the subject insured. There is no doubt as to the person who effected the insurance, it was Racine. Did he act for himself or for a creditor? If he acted for a creditor, it was only the creditor's insurable interest that was covered. Harris is not even named as a creditor in the policy. If he acted for himself, he insured the property, and was the party who could enforce the conditions of the contract. It may be said that in practice a contract of insurance is an aleatory contract not requiring the signature of the insured, who is presumed to have performed his part of it by the payment of the premium, and that Harris being named in the policy, had only to adopt the contract to be considered as accepting it and to be the insured. Let us see how this would accord with the provisions of the Civil Code in this regard. Art. 2569 reads:—"A fire policy con-
"tains the name of the party in whose favor it is made.
"A description or sufficient designation of the object of

1889.
National Ass. Co. & Harris.

"the insurance and of the nature of the interest of the "insured. A declaration of the amount covered by the "insurance, of the amount or rate of the premium, and "of the nature, commencement and duration of the risk."

2570. "Representations not contained in the policy or "made a part of it, are not admitted to control its con- "struction or effect."

3571. "The interest of an insurer against loss by fire "may be that of an owner, or of a creditor, or any other "interest appreciable in money in the thing insured; "*but the nature of the interest must be specified.*"

Harris is not described as having any interest in the subject insured, but merely as a *délégué* to receive the money which Racine would become entitled to in case of a loss. If the company paid him, they were discharged; if they refused to pay him, and Harris did not take advantage of the delegation, it was Racine who possessed the right of action to enforce payment. I have no doubt that it was Racine and not Harris who was the party insured. Although the remarks made in the case of *Black et al.* v. *The National Insurance Co.* seem to have covered this point, it was not necessarily in issue in that case, and was therefore not a turning point, but it comes up squarely here. When Chief Justice Shaw, in the case of *Fogg* v. *Middlesex M. F. I. Co.*, 10 Cushing R. p. 337, said that a sale or alienation of the insured property, coupled with a transfer of the policy to the purchaser, made with the assent of the Insurance Company, creates a new and original contract embracing all the elements of an original contract between the assignee and the insurer, I think his holding was dictated by good sense, and was calculated to attain substantial justice, although it may have somewhat stretched equity to supply what was wanting of express contract, but I also give my ready assent to his further holding in that case, that a policy making the loss payable to A. B. stood on a different footing and was a mere contingent order to pay what would become due under the policy, and giving no right to the party in whose favor it was

made to recover as the party insured. It is in fact a delegation not accepted, and which may never be accepted, and until accepted gives no right of action to the *délégué*.

If then Racine and not Harris was the party insured, the sale by Racine to Mary Scott Heron had the effect of avoiding the policy effected by Racine, as well in virtue of the stipulation in the policy to that effect, as from the nature of the relations of the parties to each other. Racine had ceased to have an insurable interest, and could not thenceforward be insured for what was no longer at his risk. This is distinctly recognised by Art. 2576 of the Civil Code, "The insurance is rendered void by the trans-"fer of interest in the object of it from the insured to a "third person, unless such transfer is with the consent or "privity of the insurer."

The first principal question involved in this case being thus disposed of, I proceed to the second: Did the subsequent insurance by Mary Scott Heron avoid the policy? She was the proprietor, and could validly insure for herself, but the existence of her policy was inconsistent with a previous policy existing on the same subject matter; unless she had insured, she would not have been protected by the previous policy, if even that could have been deemed valid.

The third question is one that has been very much debated, in the absence of an express stipulation on the subject in the policy. It does not seem to have been much debated in England, but it has frequently come up in the United States, where the decisions seem to favour the view that the person indicated to receive the indemnity is not the insured, and therefore he is not the party who is to furnish the preliminary proofs; nevertheless it has been held, and I think with reason, that either party may make these proofs. I think this is justified on the principle that a debt may be acquitted by other than the debtor, unless there should be something special or personal in the information the insurance company should be entitled to. The decisions on this point are collected and may be found in Wood's Treatise on the law of fire

1889.
National Ass. Co. & Harris.

insurance, p. 693, sec. 413; but the present case is taken out of the difficulty by the express provision in the policy to the effect that this proof is to be furnished by the insured, not by the party to whom the money is made payable, and it is clearly indicated by the policy that they are different persons. I can see no reason why this should not be considered a valid condition entitling the insurers to proof made by the insured; being thus made a matter of convention it follows that the insurers were entitled to its fulfilment. I have therefore to conclude that the furnishing by Harris of the proofs in this case was not a compliance with the condition of the policy in question; therefore the objection is well taken, and on this point alone the plaintiff should fail. See also Bunyon's Law of Fire Insurance, p. 17, Clement's Dig. of Insurance cases, vol. 2, p. 403, § 2, p. 258, § 33, 37.

I have so far referred to English and American authorities, and consider myself justified in so doing from the fact that our law of insurance as contained in the Civil Code is based upon the English, not the French law.

I think, however, that in all essential points involved in this case, the French law is equally favorable for the defence on the points involved, and chiefly as to Racine being the insured, and the avoidance of the policy by his sale to Mary Scott Heron. I quote C. C., Arts. 2468, 2569, 2570, 2571, 2576; Pouget, Dict. des Assurances, t. 2, p. 1103; Hettier, Assurances Terrestres, p. 309; Delalonde, Contrat d'Assurances contre l'Incendie, p. 189; Boudousquie, pp. 35, 36.

DOHERTY, J., (also diss.):—

The action here is based upon a policy of assurance between the proprietor of the property and the company. There are three essential conditions of the contract which were expressly made a part thereof.

1st.—That if Racine, the assured, should dispose of or sell that property without the knowledge of the insurers, the policy should be null and void.

2nd.—That the assured himself should make proof even if the loss should be payable to a third party.

3rd.—That in the event of subsequent insurance without the permission of the company, the policy should be void.

It has been held again and again, in this very room, that a double policy or a double assurance, without the knowledge or consent of the first insurers, renders the policy null and void.

Here there was a double insurance, so that the property not worth the amount was insured for $2,400 without the knowledge or consent of the first insurers, and by the judgment of the majority of the Court the present holders will receive more than the value of their property. There was a sale of the insured property without the consent of the company, and there was no proof by the assured. I am of opinion that in this present action three valid conditions have been violated, and that the judgment of the Court should reverse that of the Court below.

DORION, Ch. J., for the majority of the Court, considered that the principle which must govern this case was laid down in *Black & National Ins. Co.* Harris was the party insured to the extent of his interest; and his position could not be affected by the act of Racine in selling the property without notice to the company, nor by the act of the new proprietor in effecting another insurance without notice to the original insurers. The conditions of the policy applied to Harris only as regards his own acts. The acts of Racine could not affect the policy as regards Harris, and the acts of Harris could not affect the policy as regards Racine. The judgment would, therefore, be confirmed.

Judgment confirmed.

Hatton & McLennan, for appellants.

C. H. Stephens, for respondent.

(J. K)

November 23, 1889.

Coram DORION, C. J., CROSS, CHURCH, BOSSÉ, JJ.

JOSEPH T. MARCHESSAULT ES QUAL.,
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;
AND
F. X. DURAND,
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Donation—Registration—Arts. 806, 807, 808 *C. C.*—*Testamentary Executor—Substitution.*

HELD:—1. That the *don mutuel d'usufruit* between future consorts, by their contract of marriage, in favor of the survivor, is subject to registration.

2. A testamentary executor, who has fulfilled the requirements of the will, and has left the movables of a substitution, created thereby, in the possession of the tutor to the institute (a minor), has no action against the tutor, upon the death of the institute within a year and a day from the death of the testator, to revendicate these effects for distribution among the substitutes,—the tutor being bound to account only to the substitutes or to the curator to the substitution.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, reversing a judgment of the Superior Court, district of St. Francis, and dismissing the appellant's action.

The judgment of the Superior Court was as follows:—

" La Cour, etc.....

" Considérant que le demandeur, en sa qualité d'exécuteur testamentaire de feue Adèle Marchessault, qui était l'épouse séparée de biens du défendeur, et qui est morte au mois d'août 1885, a porté la présente action, pour obtenir la possession des deniers et meubles ci-après mentionnés, et que le défendeur détient, afin de pouvoir les remettre aux légataires qui y ont droit, et auxquels ils étaient reversibles d'après une disposition du testament, dans le cas où Albert Durand, fils mineur de la testatrice,

et qu'elle avait fait son légataire au premier degré, décéderait avant l'âge de majorité, décès qui est arrivé peu de mois après la mort de la mère, et moins d'une année après la naissance de l'enfant; à quoi le défendeur a plaidé, entre autres choses, que le demandeur ne peut avoir la possession des biens légués sans avoir fait inventaire; que lui, défendeur, est d'après une donation mutuelle d'usufruit, faite en son contrat de mariage avec la défunte, usufruitier de ces biens et comme tel il a droit d'en retenir possession; que, dût-il être tenu de les rendre, il a droit d'offrir et de faire valoir en compensation les diverses sommes payées par lui, pour la succession de la testatrice, ainsi que pour celle du mineur; que le demandeur avait déjà exécuté le testament, et que ses fonctions d'exécuteur testamentaire avaient, par ce fait, pris fin;

"Considérant, qu'à part que le défendeur n'est pas recevable à opposer au demandeur le défaut d'inventaire, sans démontrer qu'il ait un intérêt quelconque à ce que tel inventaire fût fait par le demandeur, il est certain qu'un inventaire ayant été fait, un mois après la mort de la testatrice, de tous les biens délaissés par elle, acte produite passé devant J. B. Gendreau, notaire, le 9 septembre 1885, à la requête du défendeur lui-même, avec le concours du demandeur et de toutes les autres personnes intéressées, il était inutile d'en faire un autre;

"Considérant que le défendeur n'est pas usufruitier des biens de la testatrice, parce que la donation mutuelle d'usufruit que comporte le contrat de mariage est demeurée sans effet par suite du défaut d'enregistrement de ce contrat en temps utile, l'enregistrement n'en ayant été fait que quatre mois après la mort de l'épouse, décès survenu plus d'une année après la célébration du mariage. Art. 807 du Code Civil, § 2;

"Considérant que le décès du mineur Albert Durand étant survenu avant l'expiration de l'an et jour après la mort de la testatrice, le demandeur avait droit d'exécuter la partie du testament qui a pris effet par suite de ce décès, quand même il aurait terminé antérieurement l'exécution de l'autre partie du testament, le demandeur ayant

1889.
Marchessault & Durand.

intenté son action dans le délai de l'an et jour du décès de la testatrice, le défendeur est mal fondé dans la défense qu'il base sur ce chef, en prétendant que le demandeur n'aurait plus la saisine des biens légués ;

" Considérant que le défendeur a raison de dire, qu'ayant payé divers montants d'argent dûs par la succession de la défunte, il a droit d'en retenir la somme sur les deniers qu'il a en mains, appartenant à la dite succession, ces montants étant ceux portés en l'inventaire, ainsi qu'il suit :—

Frais funéraires	$57.00
Frais de dernière maladie	10.00
Frais de vérification du testament	15.00
Frais d'inventaire	28.00
à quoi il convient d'ajouter le compte du médecin qui a traité la défunte, omis dans l'inventaire, mais auquel le demandeur ne peut objecter, puisque c'est lui-même qui est ce médecin et qu'il est prouvé qu'il a été payé par le défendeur, soit	18.75
ce qui forme la somme de	$128.75

que le défendeur a droit de retenir sur les deniers qu'il a en mains appartenant à la succession, le surplus du compte que le défendeur a produit, pour frais funéraires et de dernière maladie de la testatrice, et dont le total, y compris le montant de $128.75, ci-dessus alloué, est de $141.63, étant retranché en autant que l'item de $7.30 que son frère dit avoir payé pour les remèdes, n'est pas appuyé d'une preuve suffisante, rien ne prouvant que ces remèdes aient été de fait pour la malade, et que l'item de $16 pour la garde-malade, à part qu'il n'est pas appuyé de la meilleure preuve possible, est déjà couvert par l'entrée faite à l'inventaire, par le défendeur, de $10 pour frais de dernière maladie, et par lequel le défendeur est lié ;

" Considérant que le défendeur a en mains, appartenant à la dite succession testamentaire, appartenant à la dite Adèle Marchessault, en argent, capital et intérêt calculé au jour de l'inventaire, le 9 septembre 1885, provenant de

ce qui lui venait de son père ou de sa famille, ainsi que porté au contrat de mariage, une somme de $150 de capital, de $18 d'intérêt, soit $168, de laquelle somme il faut déduire celle susdite de $128.75, que le défendeur a déjà valablement payée, en sorte qu'il lui reste à remettre, de ce chef, la somme de $39.25, avec intérêt du 9 septembre 1885;

"Considérant qu'il n'y a pas lieu d'admettre en compensation ce que le défendeur peut avoir payé pour son fils, le mineur Alfred Durand, dont la succession n'a rien absorbé des biens de sa mère, puisque, d'après le testament de cette dernière, le décès du dit Albert Durand venant avant sa majorité, tout ce qu'elle lui avait légué retournait ainsi qu'elle en avait disposé, c'est comme si le mineur n'en avait jamais hérité;

"Considérant que les objets que le demandeur ès-qualité a droit de réclamer en nature, sont les suivants, et que leur valeur, telle que constatée par la preuve, en adoptant une moyenne entre les évaluations trop élevées d'un côté et trop basses de l'autre, est ainsi qu'il suit:—

Une montre en or, valant	$20.00
Une chaîne en or, valant	30.00
Vingt-quatre paires de bas de laine, valant	10.00
Un lit garni, valant	25.00
Six paires de draps de flanelle, valant	20.00
Trois draps de toile, valant	5.00
Une couverte de laine, valant	2.00
Un bouquet de cire sous globe, valant	5.00
Deux personnages en cire sous globe, valant	5.00
Formant une valeur totale de	$122.00

"Condamne le défendeur à payer au demandeur, esqualité, la dite somme de $39.25, avec intérêt, etc., et à rendre et remettre les meubles et effets ci-dessus énumerés au demandeur sous quinze jours de la date du présent jugement. Et faute par lui de ce faire dans ce délai, le condamne à en payer la valeur au dit demandeur, savoir: la dite somme de $122, avec intérêt, etc., le dit défendeur se libérant en remettant soit chaque objet en nature et en ordre, tel qu'il l'a reçu, ou la valeur de chaque tel objet, avec intérêt comme susdit, sans être tenu de payer le tout

1889.
Marchessault & Durand.

en argent, s'il arrivait qu'il y ait quelqu'un ou quelques-uns de ces objets qu'il ne pût rendre en nature, et condamne le dit défendeur aux dépens de l'instance taxés comme dans une cause contestée du montant de $161.25."

The judgment of the Court of Review, Montreal, March 31, 1888 (JOHNSON, JETTÉ, LORANGER, JJ.), was as follows:—

"La Cour, après avoir entendu la plaidoirie contradictoire des avocats des parties, sur demande de révision du jugement rendu par la Cour Supérieure de St-François, le 19 septembre dernier, etc.;

"Attendu que le demandeur, exécuteur testamentaire de feue Adèle Marchessault, épouse du défendeur, se pourvoit contre ce dernier pour lui réclamer la remise d'une somme de $150 et de divers objets mobiliers, appartenant à la défunte, restés en la possession du dit défendeur, et dont la testatrice a, par son testament du 15 juillet 1885, disposé en faveur de certains légataires particuliers, à qui le demandeur se dit tenu d'en faire la délivrance, pour l'exécution des volontés de la testatrice;

"Attendu, qu'entre autres moyens par lui invoqués, à l'encontre de cette demande, le défendeur plaide spécialement: que par son contrat de mariage avec la défunte, en date du 9 juillet 1884, il a été stipulé don mutuel d'usufruit de tous biens laissés par le premier mourant, en faveur du survivant, à sa caution juratoire, s'il n'y avait pas d'enfants du dit mariage, ou qu'y en ayant ils décédassent en minorité; qu'au décès de la dite Adèle Marchessault, il y avait un enfant vivant issu de ce mariage, mais qu'il est mort en novembre 1885; et que le défendeur, ayant fait inventaire des biens laissés par sa dite épouse, a droit d'en avoir l'usufruit, aux termes de son contrat de mariage, et est fondé en conséquence à les garder en sa possession pour l'exercice de son droit;

"Attendu que le demandeur soutient au contraire que le contrat de mariage susdit n'ayant pas été enregistré du vivant de la dite Adèle Marchessault, la donation y contenue ne peut être valablement invoquée à l'encontre des autres ayant droit aux biens donnés;

1889.
Marchessault & Durand.

"Attendu en droit: Que le don mutuel d'usufruit n'est pas une donation proprement dite, mais constitue une simple convention de mariage contenant avantage réciproque en faveur des parties, et qui comme telle échappe à la nécessité de l'enregistrement;

"Attendu en conséquence que le défendeur est fondé à réclamer l'usufruit des dits biens susmentionnés de son épouse décédée, et qu'ayant satisfait aux obligations préalables à lui imposées, il ne peut être dépossédé des dits biens sujets à son droit;

"Attendu que la Cour de première instance en déclarant sans effet le droit réclamé par le défendeur, à raison du défaut d'enregistrement du contrat de mariage susmentionné, a fait une fausse application de l'article 807 du Code Civil;

"Casse et annule le dit jugement du 19 septembre 1887, et procédant à rendre celui que la Cour de première instance aurait dû rendre, maintient pour autant la première exception du défendeur, déclare ce dernier en droit de réclamer l'usufruit des biens de sa défunte épouse, Adèle Marchessault, et par suite fondé à en garder et retenir possession, et, en conséquence, renvoie l'action du demandeur ès-qualité avec dépens tant de la Cour de première instance que de cette Cour, distraits, etc."

Panneton, *Q.C.* (with him *Lacoste*, *Q.C.*), for the appellant:—

Le jugement de la Cour Supérieure à Sherbrooke a été infirmé pour la seule raison que l'on n'a pas considéré la donation mutuelle d'usufruit par contrat de mariage comme étant soumise à la formalité de l'enregistrement.

Examinons donc cette question.

Art. 819 du Code Civil:

"Les futurs époux peuvent également par leur contrat "de mariage *se faire respectivement* ou l'un d'eux à l'autre, "ou faire à leurs enfants à naître, pareilles *donations* de "biens tant présents qu'à venir, et sujettes aux mêmes "règles, à moins d'exceptions particulières."

1899.
Marchessault & Durand.

La donation en question en cette cause a été faite en vertu de cet article.

Art. 807 du Code Civil :

" Les donations faites en ligne directe par contrat de " mariage ne sont affectées faute d'enregistrement, quant " à ce qui excède les effets des lois générales de l'enre- " gistrement.

" *Toutes autres* donations en contrat de mariage, *même* " *entre futurs époux*, et *même à cause de mort*, et aussi " toutes autres donations en ligne directe, demeurent " sujettes à être enregistrées comme les donations en gé- " néral."

La Cour de Révision a décidé : " Que le don mutuel " d'usufruit n'est pas une donation proprement dite, mais " constitue une simple convention de mariage contenant " avantage réciproque en faveur des parties et qui comme " telle échappe à la nécessité de l'enregistrement." — Et de là la Cour a conclu qu'il y avait fausse application dans le premier jugement de l'art. 807.

Ainsi on a ôté le caractère de donation à cette stipulation du contrat de mariage, parce que la réciprocité des donations en fait disparaître la gratuité.

Voici la manière dont Pothier envisage ces donations mutuelles dans son traité " Du Don Mutuel entre Epoux," —Edit. Bugnet, vol. 7, pp. 497-8, No. 130, dernière partie :

" Au contraire, lorsqu'un homme et une femme, lorsque " deux, etc., se font l'un à l'autre un don mutuel en cas " de survie, il y a lieu de présumer que la principale in- " tention de chacune des parties en faisant ce don mutuel " a été de faire, après sa mort, du bien à l'autre partie. " C'est l'affection réciproque qu'elles avaient l'une pour " l'autre qui les a portées à faire ce don mutuel ; il ren- " ferme donc, suivant les intentions qu'ont eues les par- " ties, des donations que chacune d'elles a eu l'intention " de faire l'une à l'autre en cas de survie. Quoiqu'elles " soient mutuelles, quoique chacune des parties reçoive " de l'autre autant que ce qu'elle donne elle-même, elles " n'en sont pas moins de véritables donations, *ad quas se* " *mutuis affectionibus provocaverunt*, puisqu'elles ont pour

" principe la bienfaisance, qui fait le caractère des dona-
" tions."

Bugnet ajoute en note: "Notre Code ne voit pas un " contrat aléatoire dans de pareilles dispositions, mais " deux donations; ce qui le prouve, c'est la défense de le " faire en un seul et même acte." Voir Laurent, vol. 15, p. 341, No. 307.—Vol. 12, p. 423, No. 342, dernière partie de ce numéro. Sirey et Gilbert, art. 1091, décisions Nos. 6 et 7.

Le don mutuel d'usufruit entre le défendeur intimé et son épouse est dans les termes suivants, cités du contrat de mariage: "Et pour la *bonne amitié* que les dits futurs " époux disent se porter réciproquement et pour s'en " donner des preuves évidentes, les deux époux se sont " faits et se font par ces présentes au survivant d'eux ce " acceptant *donation viagère*, mutuelle, égale et réciproque " de tous les biens meubles et immeubles, acquêts et con- " quêts, propres et autres biens généralement quelcon- " ques qui se trouveront être et appartenir au premier " mourant au jour du décès, de quelque nature qu'ils " soient et en quelques lieux qu'ils soient situés, pour le " dit survivant en jouir en usufruit sa vie durant à sa " caution juratoire en faisant bon et loyal inventaire et " gardant viduité."

Ainsi, c'est la bonne amitié qui est la considération de cette donation mutuelle. Elle a donc, pour nous servir des termes de Pothier, pour principe la bienfaisance qui fait le caractère des donations.

Nous soumettons toutefois que même si la donation en question en cette cause n'est pas véritablement une donation et si elle ne l'est que de nom, l'article 807 de notre Code n'en requiert pas moins son enregistrement. " *Toutes* " *autres donations en contrat de mariage, même entre futurs* " *époux*," dit cet article. Ainsi tout ce qui porte le nom de donations, sans distinguer entre celles qui sont onéreuses, rémunératoires ou mutuelles, doit être enregistré.

Mais la Cour de Révision dit: "Ce n'est qu'une simple " convention de mariage contenant avantage réciproque " en faveur des parties." Il nous semble que tout ce qui

1889.
Marchessault & Durand.

est écrit dans un contrat de mariage n'est toujours qu'une simple convention de mariage.—On peut qualifier de la même façon tout ce que contient un tel contrat. Nous soumettons que le but de l'article 807 est d'inclure même ce que la Cour de Révision appelle une simple convention de mariage.

Cet article 807 est tiré de la Coutume de Paris, art. 284, qui se lit comme suit:

"Un don mutuel de soi ne saisit, ainsi est sujet à déli-
"vrance. Et pour être valable doit être insinué dans les
"quatre mois du jour du contrat. L'insinuation faite par
"l'un d'eux vaut pour tous deux. Après laquelle insi-
"nuation le dit don mutuel n'est révocable, sinon du
"consentement des deux conjoints."

Ferrière, Coutume de Paris, vol. 3, p. 1621, No. 25, commentant sur cet article, dit:

"Quoique les donations mutuelles et réciproques égales,
"soit entre conjoints par mariage ou entre étrangers, ne
"passent pas pour de véritables donations, mais pour des
"contrats à titre onéreux, comme il a été dit sur l'art.
"280, néanmoins l'ordonnance de Moulins, en l'art. 58, et
"cet article 284 de notre Coutume les déclarent sujettes
"à insinuations."

Après avoir donné les raisons de cette disposition de la loi, il continue;

"Il y avait bien moins de raison d'ordonner l'insinua-
"tion pour le don mutuel entre mari et femme lequel ne
"consiste que dans l'usufruit et qui ne peut avoir lieu
"au profit du survivant, sinon les dettes payées suivant
"l'art. 286, ainsi il semblait qu'il en devait être exempt,
"néanmoins notre Coutume l'ordonne en cet article 284,
"sur peine de nullité.—La raison est que la donation
"d'usufruit est sujette à insinuation, parce que l'usufruit
"fait partie de la propriété et détermine considérable-
"ment les biens de celui à qui ils appartiennent; c'est
"pourquoi il a été jugé à propos de rendre public le don
"mutuel, soit qu'il soit fait par contrat de mariage et
"sans retour, ou pendant le mariage, borné et restreint
"au seul usufruit."

1889.

Marchessault & Durand.

Pothier, dans son "Traité des Donations entre mari et femme, du don mutuel entre Epoux," No. 171, (Bugnet), vol. 7, p. 518, se demande, "Le don mutuel est-il sujet à "la forme de l'insinuation?" Après avoir donné les raisons qui pourraient militer contre cette nécessité, il ajoute: "Nonobstant ces raisons, la Coutume de Paris a "assujetti à l'insinuation les dons mutuels entre mari et "femme." Il cite l'art. 284 plus haut mentionné, et ajoute: "Ce n'est pas seulement en la Coutume de Paris "que les donations mutuelles entre mari et femme sont "sujettes à l'insinuation." Il répond ensuite aux objections qu'il a lui-même formulées.

J. Beaulne (with him *Geoffrion, Q.C.*), for the respondent:—

On the question of right of action:

Le demandeur ayant exécuté les volontés de la testatrice en remettant à l'enfant les biens qui lui étaient légués, et s'étant désaisi de ces mêmes biens pour les remettre à l'enfant Albert, est-ce que le demandeur peut encore avoir la saisine ou plutôt la possession de ces mêmes effets pour les remettre aux légataires qui héritaient sous la condition du décès de l'enfant avant son âge de majorité?

Est-ce que cette dépossession n'a pas mis fin à la possession voulue par l'article 918, C. C.?

L'intimé prétend l'affirmative et malgré qu'il ne trouve aucun texte au contraire ni assez explicite pour trancher la question, cependant, il soumet humblement que la dépossession du demandeur en exécution du testament en l'an et jour, qu'alors il ne peut, même dans le même délai reprendre la possession qu'il a abandonnée.

La saisine établie par l'article 918, C. C., est une fiction de la loi, et la saisine dans son sens légal *c'est la possession d'une chose.* Pour concilier la saisine de l'exécuteur testamentaire avec la saisine de l'héritier, il faut distinguer: L'exécuteur, lui, a la saisine de fait, qui suppose une possession réelle de fait, l'héritier aura la saisine de droit, qui a lieu par le seul effet de loi, suivant la maxime, la mort saisit le vif.

1889.
Marchessault & Durand.

Cette saisine de l'exécuteur n'est donc qu'une détention matérielle des meubles d'une succession, puisqu'alors, celui-ci n'est pas le vrai possesseur, qu'il ne possède qu'au nom des héritiers qui eux seuls sont les vrais propriétaires et possesseurs d'iceux.

Pas de saisine, sans possession, pas de possession sans saisine. Le 2nd paragraphe de l'article 918, établit le principe, tant que l'exécuteur n'a pas la possession, la saisine ne peut commencer ni finir, puisque le temps pendant lequel elle est établie ne court pas. Cette possession annale accordée à l'exécuteur est de droit exorbitant, et doit être strictement appliquée: elle ne peut être étendue au-delà de ses acceptions ordinaires de possession de fait, et en conséquence si elle ne peut être étendue au-delà on peut donc dire que l'exécuteur peut se désaisir, se déposséder avant l'an et jour ; de même qu'il peut détenir les biens pendant l'an et le jour, l'une ou l'autre chose, si l'exécuteur se dessaisit pendant ce délai, se dépossède, peut-on dire que sa saisine n'est pas finie, que sa possession n'a pas pris fin : non certes.

Si l'héritier est seul saisi des biens de la succession dans toute la latitude que le droit attache à ce mot, que celui-ci seul possède les droits réels *in re* ou *ad rem*, donc que le sens du mot saisine en temps qu'il s'applique à l'exécuteur n'est que la possession de fait, le dépôt, ou séquestre de la chose.

Aussi l'article 918 du C. C. dit : "L'exécuteur est saisi comme dépositaire légal." Le transport qui se fait, de la chose dans le dépôt n'a trait ni à la propriété, ni à la possession, le dépositaire acquiert la simple détention de l'objet.

Paul Pont, Petits Contrats, vol. 1, p. 181, No. 372.

Qui a imaginé le dépôt sans possession qui est essentielle ?

Les auteurs déclarent que l'exécuteur est constitué comme séquestre, il n'a que la simple garde des meubles.

Qui a imaginé le séquestre sans la possession ?

Arts. 1819 et 1827 C. C.

Troplong, Du Dépôt et Séquestre, No. 245, p. 186.

Rolland de Villargues, vbo. dépôt, p. 348, No. 1.

Si la loi n'organise la saisine que comme une espèce de garde des meubles, une détention matérielle. Marcadé et Pont, vol. 4, p. 112, No. 148; Ricard, No. 72, cité sous l'art. 918, Bib. C. C., de Lorimier, elle doit nécessairement soumettre cette garde aux voies ordinaires d'extinction, c'est-à-dire, le désaisissement ou plutôt la dépossession.

Rolland de Villargues, citant des auteurs à son appui, dit, au mot Possession, sec. 68: "On perd la possession "par sa volonté, soit par une renonciation translative "soit par un abandon pur et simple, No. 69. Il y a re- "nonciation translative lorsque nous faisons à autrui la "tradition de la possession pour l'en investir à notre "place."

Si donc dans le cas présent l'exécuteur s'est dessaisi des biens légués à l'enfant Albert pendant l'an et jour en les lui remettant en exécution du testament, il faudra dire que l'exécuteur n'a plus la saisine, n'a plus la possession, la détention des biens, son dépôt est fini, il n'est plus séquestre. Cela est évident si on applique les règles ci-dessus données. Est-ce que la loi lorsqu'elle donne à l'exécuteur la saisine veut que chaque fois qu'il y a transmission de biens d'un légataire à l'autre, que cette délivrance de legs se fasse d'abord du légataire à l'exécuteur et ensuite de l'exécuteur au second légataire et ainsi de suite.

Mais on dira c'est dans le but d'exécuter le testament; est-ce que le second légataire et tous les autres légataires subséquents ne sont pas là pour protéger leurs droits dans ce même délai d'un an? art. 1086, C. C.

Bossé, J., (for the Court) :—

Le 15 juillet 1885, Adèle Marchessault, épouse du défendeur, a fait son testament par lequel elle lègue à son fils Albert divers biens mobiliers, avec la condition que s'il mourait en minorité le tout irait à la famille de la testatrice, et elle nomma le demandeur son exécuteur testamentaire.

1889.
Marchessault & Durand.

Lors du décès de la testatrice elle avait un enfant issu de son mariage avec le défendeur, et cet enfant est mort âgé de quelques mois seulement.

L'action est portée par l'exécuteur testamentaire contre le mari. Elle allègue que le défendeur est, à la mort de sa femme, resté en possession des biens légués par le testament et que ces biens " font l'objet de dispositions par- " ticulières du testament et tombent sous le contrôle du " demandeur qui a droit de les réclamer du défendeur, " afin de pouvoir les distribuer suivant les dispositions " du testament." Il conclut à la remise des effets et, à défaut, au paiement de leur valeur estimée à $339.65.

Le défendeur a répondu que par son contrat de mariage du neuf juillet 1884, il avait été stipulé don mutuel d'usufruit de tous les biens laissés par le premier mourant en faveur du survivant au cas où il n'y aurait pas d'enfant issu de ce mariage, ou qu'y en ayant, ils décèderaient en minorité; que le seul enfant issu du mariage était mort avant d'avoir atteint sa majorité, et que le défendeur avait partant droit à l'usufruit des biens réclamés, et à leur possession à ce titre.

Il prétend aussi que le demandeur n'a pas d'action, parce qu'il n'a pas fait inventaire comme exécuteur testamentaire, et qu'il n'est pas saisi; et enfin que les biens avaient été distribués par le défendeur au désir du testateur.

Le demandeur a répondu que le contrat de mariage n'avait pas été enregistré, que le don mutuel qu'il contenait était partant sans effet, et que le défendeur avait perdu son droit à l'usufruit.

La Cour Supérieure a déclaré que le don mutuel devait être enregistré à peine de nullité, et en révision il a été jugé que l'enregistrement n'était pas nécessaire. De là l'appel.

Il me paraît que la question de la confection d'inventaire n'a pas d'importance et que nous avons à décider:

1o. Si le don mutuel d'usufruit entre conjoints par contrat de mariage est soumis pour sa validité à la nécessité de l'enregistrement.

1889, Marchessault & Durand.

2o. Si le demandeur avait qualité pour porter l'action dont il s'agit.

La question de savoir si le don mutuel d'usufruit entre futurs conjoints par contrat de mariage doit-il être enregistré a été en France, sous l'ancien droit, le sujet de discussions non encore terminées sous le Code Napoléon. Pendant des siècles il y a eu lutte constante entre l'autorité législative et les tribunaux, ainsi que l'atteste la longue suite d'édits, d'ordonnances et de lettres patentes promulgués à ce sujet. Ainsi l'on y trouve :

1539, 1re Ordonnance,
1566, 2de "
1690, 3me "
1703, Edit,
1707, Edit,
1708, Déclaration,
1729, Edit,
1731, Ordonnance.

Cependant même après l'ordonnance de 1731, la jurisprudence n'était pas uniforme quant à la nécessité d'enregistrer les contrats de mariage contenant des dons de survie.

Quelques-uns voulaient que l'enregistrement ne fut nécessaire qu'au domicile des parties, d'autres le voulaient au domicile et au lieu où les biens étaient situés ; d'autres enfin considéraient l'enregistrement comme une formalité inutile pour ces gains ou dons de survie. C'est alors qu'ont été données les lettres patentes du 3 juillet 1769, par lesquelles les dons de survie, les dons mutuels, réciproques et rémunératoires étaient exempts de l'enregistrement.

Les gains ou dons de survie n'étaient connus qu'en pays de droit écrit, et la question en ce qui les concerne ne nous importe guère ; quant à la disposition de ces lettres patentes concernant les dons mutuels et réciproques, elle n'a d'intérêt pour nous qu'en autant qu'elle reconnait l'incertitude qui existait encore alors en France nonobstant l'ordonnance de 1731.

Cette ordonnance elle-même n'a jamais été en force en

1889.
Marchessault & Durand.

Canada, et nous sommes obligés pour l'appréciation des articles de notre code de prendre les ordonnances antérieures et la jurisprudence française telle qu'elle existait avant cette ordonnance.

Elle était alors dans une grande confusion, et la contradiction des arrêts était telle que Ricard lui-même No. 1137, après avoir constaté les divergences d'opinions qui existaient, n'a pas voulu se prononcer, et l'arrêt du 8 août 1719, Jancourt et de Martinarts, 7 Journal du Palais p. 283, cité par Pothier, ne décide pas finalement la question, et ne parait pas avoir toute la portée que Pothier lui attribue.

L'opinion de Pothier lui-même parait bien être (7 Pothier, p. 382) que l'enregistrement était nécessaire pour les dons mutuels, mais il faut observer qu'il écrivait sous l'empire de l'ordonnance de 1731.

L'opinion reçue était que les ordonnances antérieures à 1731, et en force en Canada, requéraient l'enregistrement pour les donations (sauf celles pour ascendants), mais quant aux dons mutuels et réciproques par les futurs conjoints, la question ne parait pas avoir été réglée, sauf que pour ce que l'on était en pays coutumier convenu d'appeler conventions matrimoniales, qui n'étaient pas, disait-on, un don sujet à l'insinuation.

Ceci est conforme aux textes de notre code. C'est ainsi que l'article 1402, déclare le préciput exempt de l'enregistrement; l'article 1411, que la convention par laquelle il est stipulé, que l'un des conjoints recevra une somme fixe au lieu de sa part dans la communauté, n'est qu'une convention matrimoniale, et comme telle non sujette à l'enregistrement; et enfin que l'article 1432, déclare que le douaire légal ou coutumier est aussi une convention matrimoniale qui ne comporte pas donation, et n'est par conséquent pas sujet à l'enregistrement.

Sous notre code il est donc parfaitement réglé, que les conventions matrimoniales ou avantages matrimoniaux qui ne sont pas donations ne sont pas sujets à l'enregistrement; mais le don mutuel et réciproque est-il une

donation, ou un simple avantage matrimonial n'entrant pas dans la classe des donations ?

Ricard dont l'opinion a été sur ce point suivie par l'arrêt de 1719 ci-haut cité, ne se prononce pas d'une manière définitive, et n'indique la réciprocité et la mutualité des avantages que comme l'un des moyens qui, avec d'autres circonstances, pourrait faire déclarer le don mutuel un simple avantage matrimonial.

Avant Ricard la jurisprudence était trop confuse pour pouvoir nous aider et nous devons être entièrement guidés par nos textes.

L'article 806, soumet toutes les donations à l'enregistrement; il déclare que les donations de meubles comme celles d'immeubles, même les donations rémunératoires, sont soumises à cette formalité, et il n'en excepte que les donations formellement exemptées par les deux articles 807 et 808, à savoir les donations en ligne directe par contrat de mariage et les dons manuels de meubles.

Cette disposition, toute positive qu'elle soit, n'a cependant pas parue suffisante aux codificateurs pour faire disparaître les doutes qui existaient, et ils ont de plus statué au second paragraphe de l'article 807 : " Toutes autres " donations en contrat de mariage, même entre futurs " époux, et même à cause de mort, demeurent sujettes à " l'enregistrement."

Ainsi : 1o. Règle générale : Toutes donations sont sujettes à l'enregistrement. 2o. Deux exceptions seules sont établies, les dons manuels et les dons des ascendants par contrat de mariage. 3o. Déclaration additionnelle et formelle que les donations rémunératoires, celles entre époux, celles à cause de mort, seront sujettes à l'enregistrement.

L'on ne saurait guère imaginer rien de plus formel et de plus explicite.

Au demeurant, la donation mutuelle d'usufruit est en réalité une donation. Dans un sens elle est mutuelle, il est vrai, mais l'époux survivant se trouve en définitive à ne rien avoir donné en échange ; et ce qu'il reçoit, il le reçoit à titre gratuit. Il a couru un risque et voilà tout.

1889.
Marchessault & Durand.

Et si nos articles sont conformes en cela à l'esprit général de notre droit, requérant l'enregistrement pour la donation rémunératoire, même pour la part qui est couverte par la rémunération, et qui équipolle à vente, il est difficile de dire que la donation parce qu'elle est mutuelle n'est pas une des donations comprises dans notre texte.

D'ailleurs l'article ne fait pas la distinction qu'on veut lui imposer, et si dans l'esprit de nos législateurs la donation mutuelle d'usufruit avait été non une donation, mais un simple avantage matrimonial, ils s'en seraient exprimé comme l'ont fait aux articles 1402, 1411, 1432, pour les conventions qui leur ont paru sortir de la classe des donations, et ils auraient ajouté le don mutuel au douaire, au préciput, et à la clause d'abandon de la communauté moyennant une somme fixe.

Le rapport des codificateurs sur l'article 807 (article 58 du projet) n'ajoute rien à la question en ce qui concerne les dons mutuels.

Le don mutuel d'usufruit entre époux pendant le mariage était en vertu de l'article 284 de la coutume de Paris soumis à l'insinuation.

La nécessité de cette insinuation se retrouvait naturellement dans les articles reproduisant l'ancien droit sur les dons mutuels pendant le mariage que l'ancien droit admettait. Aussi, l'article 58 du projet disait-il : Le don mutuel d'usufruit entre époux pendant le mariage y (à l'enregistrement) est aussi soumis.

Le don mutuel pendant le mariage disparaissant dans notre droit, articles 770, 1265, C. C., nos codificateurs ont retranché dans l'amendement suggéré la partie de l'article qui y a rapport et que nous venons de citer, aussi disent-ils, p. 162 du rapport : "Cet amendement n'est proposé "que pour faire disparaitre ce qui a rapport aux dons "mutuels d'usufruit entre époux."

Il n'en résulte pas moins que les codificateurs, en laissant subsister dans son intégrité la disposition requérant l'enregistrement de toutes donations quelles qu'elles fussent, et en n'abolissant le vieux droit requérant l'enregistrement des dons mutuels pendant le mariage que parce

que ces dons mutuels eux-mêmes étaient abolis, reconnaissent la nécessité de cet enregistrement pour ces mêmes dons mutuels faits par le contrat de mariage lui-même.

Pour ces raisons je suis d'opinion que le don mutuel invoqué par le défendeur comme son titre aux objets réclamés est nul pour défaut d'enregistrement du contrat de mariage, et que le défendeur n'est jamais devenu propriétaire de ces meubles.

Mais il reste la seconde question, celle de savoir si le demandeur a qualité pour réclamer les objets légués à l'enfant mineur.

Cet enfant mineur a reçu ces biens comme grevé de substitution ; à ce titre il en est devenu propriétaire à la charge de rendre aux divers membres de la famille de la testatrice. Il est plus tard décédé, et ces biens substitués sont devenus la propriété des appelés à la substitution. L'enfant a été saisi de son legs et par sa mort les appelés ont été eux-mêmes saisis.

La condition du testament est ainsi accomplie.

C'est cependant dans ces conditions que l'exécuteur testamentaire réclame les objets pour les distribuer entre les appelés.

Pour ce, il ne me parait pas avoir qualité. Quant à lui, exécuteur testamentaire, sa mission était terminée par la saisine de l'enfant légataire grevé de substitution, et s'il reste maintenant quelque chose à réclamer, c'est le curateur à la substitution qui doit en faire la demande pour les appelés, et c'est à cette seule substitution que le défendeur doit rendre compte de ces objets.

L'exécuteur testamentaire n'a partant ni intérêt ni qualité pour revendiquer les objets légués.

Un arrêt rendu le 8 juillet 1775, et rapporté au Nouveau Denizart vo. Exécuteur testamentaire p. 220, a décidé dans des circonstances exactement semblables que l'action de l'exécuteur testamentaire ne pouvait être maintenue.

Pour ces raisons, je crois que l'appel doit être renvoyé et le jugement de la Cour de Révision confirmé ; mais

1889.
Marchessault & Durand.

pour le seul motif que le demandeur n'avait pas qualité pour porter l'action.

Je dois de plus déclarer que la Cour est unanime à dire que sous notre code le don mutuel d'usufruit entre conjoints par contrat de mariage est sujet, sous peine de nullité, à la formalité de l'enregistrement.

The judgment is as follows :—

"La Cour, etc.....

"Considérant que par l'article 806 du Code Civil, 'toutes donations entre vifs, mobilières ou immobilières, 'même celles rémunératoires, doivent être enregistrées, 'sauf les exceptions contenues aux deux articles qui sui-'vent;'

"Considérant que les articles 807 et 808 n'exemptent de la formalité de l'enregistrement que les donations faites en ligne directe, par contrat de mariage, et les donations d'effets mobiliers lorsqu'il y a tradition réelle et possession publique par le donataire, et que toutes autres donations en contrat de mariage, même entre futurs époux, et même à cause de mort, ainsi que toutes autres donations en ligne directe, demeurent sujettes à être enregistrées comme les donations en général ;

"Considérant qu'il résulte de ces dispositions aussi bien que des articles 817, 818, 819, 1402, 1411, 1432, C. C., que le don mutuel contenu au contrat de mariage entre l'intimé, défendeur en Cour de première instance, et feue Adèle Marchessault, en date du 9 juillet 1884, devait, pour avoir son effet, être enregistré du vivant de la dite Adèle Marchessault ;

"Et considérant que la dite Adèle Marchessault est décédée le 13 août 1885, et que son contrat de mariage n'a été enregistré que le 12 décembre 1885, en sorte que le don mutuel en faveur du défendeur n'a pas été conservé tel que le requiert la loi, et que la Cour de Révision a fait une fausse application des articles 806, 807 et 808 du C. C., en déclarant qu'il n'était pas nécessaire que le contrat de mariage de l'intimé fût enregistré pour conserver le don mutuel créé en sa faveur ;

"Mais considérant que le demandeur en cette cause,

comme exécuteur testamentaire de la dite Adèle Marchessault, a exécuté le dit testament en laissant entre les mains du défendeur intimé les biens légués par la dite Adèle Marchessault à Albert Durand, son fils, que le défendeur détient les biens réclamés par l'appelant comme ayant été dûment élu tuteur au dit Albert Durand, grevé de substitution par le dit testament, et qu'il ne s'agit plus des biens de la succession de la dite Adèle Marchessault, mais seulement des biens appartenant au dit Albert Durand, et dont il était grevé par le dit testament ; que le dit appelant n'a aucune qualité pour réclamer ces biens de l'intimé qui n'est obligé d'en rendre compte qu'aux appelés à la substitution créée par le dit testament, que le dit appelant ne représente pas ;

" Et considérant qu'il n'y a pas d'erreur dans le dispositif du jugement rendu le 31 mars 1888 par la Cour de Révision siégeant à Montréal ;

" Cette Cour confirme le dit jugement, et condamne l'appelant à payer à l'intimé les frais encourus tant en Cour de première instance qu'en Révision et sur l'appel."

Appeal dismissed.

Panneton & Mulvena, for appellant.

J. Beaulne, for respondent.

(J. K.)

May 20, 1889.

Coram TESSIER, CROSS, CHURCH, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

JAMES SANGSTER
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

WILLIAM HOOD
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Partnership—Dissolution—Factory built by firm on land of one partner—Sale by licitation—Art. 1562, *C. C.*

HELD:—Where two persons carried on the business of manufacturing cheese in partnership, and for the purposes of the business a factory was erected on the land of one of the partners, for which land a rent was paid by the firm, that on the dissolution of the partnership, and after the settlement of its affairs except as to the factory, the factory so erected belonged in common to the partners; and the partner on whose land the factory was erected was entitled under art. 1562 C.C., (if the buildings, in the opinion of experts, were not susceptible of convenient partition), to have them sold by licitation, to the highest bidder, with obligation on the purchaser to remove the same, and the price divided between the partners.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, district of Beauharnois (BÉLANGER, J.), April 30, 1888, dismissing the appellant's action. The judgment was in the following terms:—

"La Cour, ayant entendu les parties en cette cause, tant sur la défense en droit plaidée par le défendeur que sur le mérite de cette cause, la Cour de Révision, par son jugement du 30 septembre 1885, ayant ordonné avant d'adjuger sur la dite défense en droit et sur le mérite du jugement de cette Cour, maintenant la dite défense en droit et renvoyant l'action du demandeur en cette cause, qu'il fût préalablement procédé à la preuve des allégués respectifs des parties; examiné la procédure et les pièces produites, entendu et examiné la preuve faite de part et

d'autre, considéré de nouveau la dite défense en droit, et sur le tout délibéré ;

1889.
Sangster & Hood.

" Considérant que par son action le demandeur allègue que le 1er mai 1876, les parties ont formé entre elles une société pour manufacturer du fromage (to carry on business of cheese manufacturers), dans la paroisse de St-Malachie, où elles demeuraient alors ; que pour cet objet, elles ont pendant la dite année, 1876, construit sur un terrain appartenant au demandeur une manufacture de fromage, avec bâtisse pour la bouilloire et pour la glace y attenant, et avec tous les appareils nécessaires pour la fabrication du fromage (a cheese factory, including boiler-house and ice-house connected therewith, and furnished the same with the necessary apparatus for the manufacture of cheese) ; que la dite société a été dissoute depuis longtemps avant l'action, et que les affaires en ont été liquidées, excepté quant à la factorerie et dépendances qui sont restées indivisées entre les parties ;

" Considérant qu'au moyen et en considération de la dissolution de la dite société, les parties, comme sociétaires, ont perdu tout droit aux bâtisses en question, qui de ce moment se sont trouvées faire partie du sol et appartenir conséquemment au demandeur comme seul propriétaire du fonds, et que le défendeur s'est trouvé n'avoir plus personnellement aucun droit dans les dites bâtisses, savoir ce *jus in re* qui permet de jouir et faire de la chose ce que bon lui semble, mais une espèce de *jus ad rem* qui peut tout au plus lui permettre de réclamer du demandeur une indemnité ou compensation, en vertu et comme conséquence du contrat de société fait entre lui et le demandeur, et qui suppose qu'ils ont entendu profiter également de la dite société, et partager aussi également dans les dépenses ;

" Considérant que le partage ou licitation qui serait fait dans l'espèce actuelle n'aurait pas l'effet de permettre au défendeur ou représentant de jouir efficacement de la part qui lui serait assignée par le dit partage, attendu qu'il n'a personnellement aucun droit ni servitude quel-

1889.
Sangster & Hood.

conque sur le fonds du dit terrain qui lui permet de jouir des dites bâtisses ou d'aucune partie d'icelles, sans le consentement exprès du demandeur, la société seule ayant, avant sa dissolution, le droit d'exploiter la dite manufacture, et pour ce d'user du terrain sur lequel elle a été construite, et de forcer le demandeur à lui en laisser cet usage ;

" Considérant qu'il résulte de la preuve faite et produite en cette cause, que la bâtisse construite sur le terrain en question l'a été d'une manière permanente, et est par là devenue attachée au fonds pour en faire partie intégrante ;

" Considérant que dans l'espèce le demandeur n'a pas l'action en partage ou licitation contre le défendeur, et que les raisons invoquées dans et par la dite défense en droit et l'exception plaidée par le défendeur sont bien fondées en droit et en fait ;

" Maintient la dite défense en droit et la dite exception avec dépens, et renvoie et déboute la dite action avec dépens distraits, etc."

March 22, 1889.]

Duclos, for appellant :—

The present appeal is from a judgment of the Superior Court, dismissing plaintiff's action upon demurrer.

In virtue of Articles 1898 et 689 C. C., and Article 919, C. C. P., the appellant instituted the present action alleging :—

1. That about May, 1876, appellant and respondent entered into partnership together as cheese manufacturers.

2. That in the pursuance of their business, they erected a cheese factory and its appurtenances upon a lot of land belonging to the appellant.

3. That the partnership has been dissolved and the affairs thereof wound up with the exception of the cheese factory and appurtenances, which still remain the undivided property of appellant and respondent in equal parts; and praying that experts be appointed to view the

property, and report whether the same can be divided according to the rights of the parties; and if not found to be susceptible of such division, that it be sold by licitation to the last and highest bidder, and the proceeds divided. 1889. Sangster & Hood.

The respondent met this action by a demurrer, admitting the allegations of the declaration, but denying to appellant right of action upon this ground: the cheese factory has now become an immovable, and forms part of the soil upon which it is built; the appellant is owner of this soil, and consequently by law the sole owner of the factory. There no indivision, and therefore no action in licitation.

By judgment of 10th January, 1885, the Superior Court, at Beauharnois, maintained the demurrer. From this judgment the appellant inscribed in Review, and the Court of Review reversed the judgment and ordered "*preuve avant faire droit*," considering that it was advisable to have proof of the nature of the building in question.

The demurrer is the only plea filed by the respondent, and under this issue, the allegations of the declaration stand admitted.

It was also shown in evidence that the cheese factory is of a temporary character, without foundation, and in no way attached to the land. Loose stones without mortar are placed upon the ground about twelve feet apart, and the sills of the building are then laid upon these stones.

It was also proved that the partnership had regularly paid ten dollars per annum to the appellant for the rent of the land, and that since the dissolution respondent had continued to pay five dollars to appellant as his share of rent.

What action other than the present could the appellant take? We submit that it was the only course open to him and the one indicated by the law.

The demurrer is founded upon a misconception of the extent and application of Arts. 415, 416, 417, C. C. From

1889.
Sangster & Hood.

the principle that "Omne quod solo inaedificatur solo cedit," it does not follow that the owner of the soil *must be* the owner of the buildings erected thereon. Art. 415, C. C., merely declares that they *are presumed* to belong to him, *unless the contrary is proved.*

See also Art. 553, Code Napoléon.

6 Laurent, No. 250 : "Du principe, que la propriété du "sol emporte la propriété du dessus et du dessous, suit "que le propriétaire seul a le droit de faire des construc- "tions, soit sur le sol, soit au-dessous. En faut-il con- "clure que les constructions qui se trouvent sur le sol "appartiennent nécessairement au maître du sol ? Le "droit romain posait comme règle absolue que les bâti- "ments accèdent au sol. Ædificium solo cedit. Il n'en "est plus de même en droit français. L'article 553 (re- "produced in our Art. 415 C. C.) dit seulement que tou- "tes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain "ou dans l'intérieur, sont *présumés* faits par le propriétaire, "à ses frais, et lui appartenir, mais la loi ajoute, si le con- "traire n'est pas prouvé. Et elle admet aussi qu'un tiers "peut acquérir par prescription la propriété d'un sou- "terrain sous le bâtiment. Le droit absolu du proprié- "taire est donc remplacé par des présomptions."

Delvincourt, Vol. 2, p. 8, edition 1834.

"Nous disons, sauf la preuve contraire, parce qu'il peut "être prouvé que les ouvrages ont été faits, ou par le "propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, ou par "un tiers avec ses propres matériaux."

Demolombe, Vol. 9, No. 128.

"En principe, d'ailleurs, il est très possible que celui "qui n'est pas propriétaire du sol lui-même soit néan- "moins propriétaire d'un immeuble édifié, superposé sur "ce sol."

Duranton, Vol. 4, No. 370.

"Au reste, de ce que la propriété du sol emporte celle "du dessus ou du dessous, ce n'est pas néanmoins, dans "tous les cas que le propriétaire du sol est propriétaire "du dessus et du dessous, la règle n'est pas une consé- "quence légale et ordinaire du droit de propriété, une

" présomption générale, mais une présomption qui fléchit " *devant la volonté du maître du fonds.*"

Idem. Vol. 4, Nos. 371, 372.

Toullier. Vol. 3, Nos. 124, 125.

What becomes of the presumption of law in the present case? It is entirely rebutted by the contrary admission of all parties. This cheese factory was admittedly built, not by the owner of the land, but by the firm, of which it forms the sole remaining asset.

This presumption, moreover, is created in favor of and for the benefit of the owner of the land, and in this case it is the owner of the land himself who destroys the presumption, and admits that the buildings on his land do not belong to him. " La présomption doit fléchir devant la volonté du maître."

But, urges the respondent, I am in the position of a possessor in good faith who has built upon the land of another, and according to Art. 417, C. C., appellant, as proprietor of the land upon which I have so built, is obliged to keep such buildings and pay me my share of its value.

It cannot be seriously pretended that such is respondent's position. When he, together with appellant, built this factory in partnership, upon appellant's land, he knew perfectly well that they were building on the appellant's land, so much so that he paid an annual rental to appellant for the use of the land.

The respondent did not and could not think that he was building upon his own land, and this is what constitutes the " possessor in good faith," mentioned in Art. 417, C. C. See Art. 412, C. C. This article has clearly no application here. The respondent, or rather the partnership of which he was a member, must be considered as lessees of this land, and as such they cannot compel the appellant (the lessor) to keep the factory; on the contrary, the general rule is that a lessee must return the thing leased in the condition in which it was when leased (Art. 1633, C. C.), and in the event of the improvements being attached by nail, or cement, the *lessor* has

1889. Sangster & Hood.

then the option of retaining the same (Art. 1640, C. C.) But the option is in any case with the lessor.

Let us suppose the appellant and respondent, instead of building the cheese factory on the appellant's land, had built it upon land leased from a third party. It will not be pretended that at the termination of the lease they could force the lessor to keep the factory and pay them the value. Why, therefore, should the respondent be permitted to do so ?

There is no difference between our hypothesis and the present case, except that in the latter the appellant has an interest in the building, and instead of saying to respondent, "Take away the building," he says, "Take "away your share of it, and if not found to be susceptible of division, let us have the building sold and divide "the proceeds." Now, what are the rights of the respondent to the building in question ? Is he the undivided owner of a building ? No, he is the undivided owner of a certain quantity of material and effects, at present, it is true, constructed into a building, but he is only temporarily the owner of a building, and has no right to it considered as such, no right to the building as a constituent part of the soil, he does not own the soil nor does he own the "*superficie.*" His right is a moveable one, not a *droit de superficie*, a species of real right.

Dem., Vol. 9, Nos. 166 et 167 :—

"Nous voulons parler de l'hypothèse de constructions "faites sur le terrain d'autrui par un tiers avec ses matériaux, par un fermier, un locateur, un simple possesseur..... quel est alors le droit des tiers constructeurs "sur ces bâtiments ?"

"Est-il meuble ou immeuble ?..... Et d'abord que le "droit du tiers constructeur soit mobilier cela nous paraît certain. Ces bâtiments en effet ne lui appartiennent pas dans leur nature même de bâtiments et considérés comme tels ; il n'est propriétaire ni du sol ni de "la superficie ; il est vrai qu'il exploite les bâtiments "dans leur état d'immeubles et d'après la destination qui "en résulte. Mais c'est cela que fait tout preneur, fer-

" mier ou locataire ; et pourtant le preneur n'a qu'un " droit mobilier. Or, telle est précisément la position du " tiers constructeur dans notre hypothèse ; il jouit des " bâtiments qu'il a construits au même titre qu'il jouit " du sol, en vertu de son bail qui comprend désormais en " effet les bâtiments aussi bien que le sol."

Aubry & Rau, Vol. 2, pp. 6 et 7.

" Mais, lorsque des constructions ont été faites par un " tiers qui n'avait aucun droit réel sur le fonds, et qui, en " l'absence de toute renonciation de la part du propriéta- " taire du sol au bénéfice de l'accession, ne devait pas " acquérir sur ces constructions elles-mêmes un droit de " superficie, la jouissance qui lui en appartient ne consti- " tue à son profit qu'un droit mobilier."

Idem, p. 7, note 8.

" En dehors des hypothèses particulières, dont il est " question à la note précédente (this note refers to the " case of usufruct), il nous paraît impossible de reconnaî- " tre au tiers constructeur un droit réel sur des bâtiments " qui sont devenus, dans leur forme constitutive, un ac- " cessoire du fonds."

" Et quant à la jouissance qui peut lui appartenir sur " ses constructions, en qualité de locataire ou de fermier, " elle ne saurait être d'une autre nature que celle qui lui " compète sur le fonds même. Or, cette dernière est, " comme nous le verrons essentiellement, personnelle et " mobilière."

The judgment of the Court below, contrary to law and principle, as enunciated above, grants to respondent a right, which he does not possess, that the factory in question should remain where it is.

The appellant submits that in the present case the cheese factory and its appurtenances never became immovable, but remained and still are movable, and on this point the Court must remember the proof made as to the character of the building. It is in no way attached to the soil and is without foundation, the sills being merely placed upon loose stones laid upon the surface of the

1889.
Sangster & Hood.

ground, and the whole factory could be moved in one piece.

Now, although Art. 376 C. C. declares without distinction that "lands and buildings are immovable by their "nature," a very important distinction exists and must be kept in mind.

"Le principe essentiel, l'idée mère, s'il est permis de "parler ainsi, de la distinction des biens meubles et im- "meubles, dérive de leur nature même. Les immeubles "sont les biens qui ne peuvent pas être transportés d'un "lieu à un autre : *quæ non moveri possunt.* Les meubles "sont les biens qui peuvent être déplacés : *quæ moveri* "*possunt.*" Demolombe, Vol. 9, No. 90.

Lands are in fact the only immovables by nature; buildings become so only by accession and not in every instance, but only under certain well defined conditions. 1o. The building must present a sufficient adhesion to and incorporation with the soil; and 2o. It must have been built "à perpétuelle demeure," neither of which conditions exists in the present case.

Demolombe, Vol. 9, No. 97.

"Les fonds de terre sont en réalité les seuls biens véri- "tablement immeubles par leur nature originelle et per- "manente, par leurs éléments propres et constitutifs..... "la superficie, c'est-à-dire les bâtiments et tous les tra- "vaux quelconques édifiés par l'homme, sont des œuvres "d'art, et se composent de meubles qui sont devenus im- "meubles seulement par accession, c'est-à-dire par le fait "d'une incorporation industrielle."

Idem, No. 102.

"Cette cause, c'est l'incorporation matérielle, c'est l'ad- "hérence physique immédiate ou médiate, qui fait désor- "mais un seul et même être des matériaux et du sol au- "quel ils sont attachés."

Idem, No. 105.

"Pareillement en sens inverse, aucun ouvrage, aucun "travail, aucun bâtiment même n'est immeuble par sa "nature, s'il ne présente pas cette condition d'adhérence "physique et d'incorporation matérielle, qui en fasse, dé-

" sormais, une dépendance accessoire du sol. Telles sont " les constructions sans fondements ni pilotis que l'on " pose en quelque sorte seulement sur le sol (supra " terram) dans certaines circonstances, comme les mar- " chés, les foires, les fêtes publiques, boutiques, loges, " barraques, amphithéâtres, etc., ou encore celles qu'un " fermier ou *locataire élève quelquefois aussi pendant la durée* " *de son bail.* Ces sortes de constructions sont meubles " par quelque personne qu'elles aient été édifiées, et sur " quelque terrain qu'elles se trouvent, non seulement " lorsqu'elles sont placées par un fermier ou locataire, ou " tiers possesseur quelconque sur le terrain d'autrui, mais " lors même qu'elles seraient l'ouvrage du propriétaire " sur son propre terrain."

Hennequin, Traité de Légis., T. 1, p. 5.

" Les fonds de terre sont les seuls immeubles qui tien- " nent leur immutabilité de leur nature même. Les édi- " fices ne deviennent et ne demeurent immeubles que par " incorporation au sol, et encore faut-il que l'incorpora- " tion ait eu lieu à perpétuelle demeure."

Sébire et Carteret, Encyc. du Droit, Vo. Biens, No. 14, p. 111.

" Seulement il faut remarquer que si l'incorporation " confère la qualité d'immeubles aux bâtiments qui repo- " sent sur le sol, c'est à la condition cependant que l'in- " corporation sera bien réelle, et que la construction " n'aura pas une destination précaire et momentanée. " S'il arrivait, par exemple, que des constructions en plan- " ches ou même en maçonnerie eussent été simplement " posées sur le sol, et n'eussent d'autre destination que " celle d'abriter des marchandises pendant la durée d'une " foire ou d'une fête, on ne pourrait raisonnablement sou- " tenir que de semblables constructions fussent réelle- " ment incorporées au sol et partant leur attribuer la " qualité d'immeubles. Il faut avant tout que la qualité " d'immeubles appartienne aux bâtiments dans le sens " de l'article 518, que ces bâtiments soient une dépendan- " ce du sol sur lequel ils sont construits, et en forment " comme un accessoire nécessaire. C'est par l'application

1889. Sangster & Hood.

" de ce principe que la Cour Royale de Grenoble a jugé, " le 2 janvier 1827, qu'on ne peut considérer comme im- " meubles des bâtiments en planches et en gypse élevés " par un individu sur un terrain, dont il n'est que fer- " mier, et qu'il s'est réservé de démolir à sa sortie."

Cassation, 19 avril 1864. Sirey, 1864, 1, 286.

Jugé :. " Un moulin à vent simplement posé sur des " piliers en maçonnerie, sans y adhérer par aucune atta- " che, a le caractère de meuble..... alors surtout qu'il n'a " pas été érigé à perpétuelle demeure par un propriétaire " sur son fonds, mais qu'il a été établi par locataire ou " fermier qui pourrait le déplacer et en disposer à son gré " lors de l'expiration du bail."

Bordeaux, 22 décembre 1868, S. 69, 2, 268.

" Au reste, si les bâtiments élevés, avec l'autorisation " du propriétaire du sol sur lequel ils reposent, par celui " qui a sur ce terrain un droit de jouissance temporaire, " peuvent être réputés à son égard immeubles par leur " nature, c'est seulement tant que dure le droit de jouis- " sance qui permet au constructeur ou à ceux qui le re- " présentent de conserver ces bâtiments et d'en jouir dans " leur état."

" Mais lorsque le droit de jouissance est éteint, et que " le propriétaire du fonds, qui a le droit de conserver les " bâtiments ou d'obliger le constructeur à les enlever, a " fait son option pour l'enlèvement, ils ne peuvent plus " être considérés, à l'égard du constructeur obligé de les " démolir que comme de simples matériaux, et ne peu- " vent être saisis et vendus que comme objets mobiliers."

Pothier, Communauté, No. 37.

" Un moulin à vent, n'étant censé immeuble et faire " partie du fonds de terre sur lequel il est placé, que *par- " ce qu'il y avait été placé comme perpétuelle demeure*, c'est une " conséquence qu'il ne doit être réputé tel que lorsqu'il y " a été placé par le propriétaire de la terre, et qu'il en doit " être autrement s'il y avait été placé par un usufruitier " ou par fermier de la terre ; car on ne peut pas dire, en " ce cas, qu'il ait été placé pour perpétuelle demeure, l'u- " sufruitier et le fermier étant présumés ne l'avoir placé

" que pour le temps que devait durer l'usufruit et le bail, " et devant l'emporter à la fin de l'usufruit ou du bail. " Le moulin doit donc passer pour chose meuble, qui doit " en conséquence entrer dans la communauté légale de " l'usufruitier ou du fermier."

In view of these authorities, it seems unquestionable that the building in this case remained movable, both from the character of the building and because it was built for the temporary purpose of a partnership now dissolved, and by lessees during a lease now expired, presumably and in fact, therefore, not *à perpétuelle demeure.*

To sum up, the appellant submits :

1o. That the appellant, although the owner of the land, is not therefore necessarily owner of the factory built thereon.

2o. That the respondent is not in the position of a possessor in good faith who has built upon the land of another, and cannot invoke Art. 417 C. C., but was the lessee of the land, whose rights in the factory are purely movable.

3o. That the factory in question and its appurtenances remained movable, and the property of the partnership.

A. Dorion, for respondent :—

En prenant pour avérés les allégués de la déclaration du demandeur, appelant, la manufacture et ses dépendances se trouvent avoir été construites avec des matériaux qui appartenaient aux parties conjointement et sur le terrain de l'appelant. Or, du moment qu'une construction est faite par un propriétaire sur son terrain avec des matériaux d'autrui, que telle construction soit faite de bonne foi ou de mauvaise foi, le propriétaire du terrain devient alors propriétaire du tout à la charge de payer la valeur des constructions et ouvrages faits avec ces matériaux. Telles sont les dispositions des articles 413, 416, 430 et 431 de notre Code Civil.

Il résulte de ces articles que les matériaux qui ont servi aux constructions en litige ont été incorporés au sol, et sont devenus immeubles par le fait de cette incorpora-

1889.
Sangster & Hood.

tion ; de telle manière que la manufacture et ses dépendances dont il est question en cette cause ne forment plus qu'un tout indivisible, et n'en pourraient être divisées par le propriétaire que par le partage du terrain même sur lequel les dites constructions ont été faites. Suivant l'article 374 de notre Code Civil : les fonds de terres et les bâtiments sont immeubles par nature.

Pothier, propriété, No. 169, dit : " Lorsque, par mon " fait, ou par celui d'une autre personne, une ou plusieurs " choses ont été unies à la mienne, de manière qu'elles " n'en fassent qu'une seule et même chose, et un seul et " même tout, dont ma chose soit la partie principale, " et dont les autres ne sont que les parties accessoires, " j'acquiers par droit d'accession *vi ac potestate rei meæ*, le " domaine des choses qui en sont les accessoires.

Pothier, propriété, No. 170 à 179, première règle : " Lors- " que de deux choses qui composent un tout, l'une ne " peut subsister sans l'autre, et l'autre peut subsister sépa- " rément, c'est celle qui peut subsister séparément qui " en est regardée comme la partie principale ; l'autre n'en " est que l'accessoire.

" On peut donner pour un premier exemple de cette " règle, le cas auquel quelqu'un aurait construit un bâti- " ment sur mon terrain. Ce bâtiment et mon terrain " font un seul tout, dont mon terrain est la partie prin- " cipale et le bâtiment n'est que l'accessoire ; car mon " terrain peut subsister sans le bâtiment ; et au contraire, " le bâtiment ne peut subsister sans le terrain sur le- " quel il est construit. C'est pourquoi le domaine que " j'ai de mon terrain, me fait acquérir, par droit d'acces- " sion, celui du bâtiment qui y a été construit."

Il résulte de cette citation que la partie du lot de terre qui appartient au demandeur appelant, et la manufacture de fromage construite par les parties en cette cause sur ce terrain ne forment plus qu'un même immeuble appartenant à l'appelant.

Pour déclarer cette manufacture et ses dépendances sujets à l'action en partage et licitation, il faudrait que ce tribunal les considérât comme meubles, ce qui serait né-

anmoins contraire aux prétentions du demandeur appelant. La conséquence, alors, serait que le propriétaire du terrain, l'appelant, aurait un grand avantage sur l'intimé en ce qu'il pourrait éloigner les enchérisseurs qui craindraient d'être obligé de démolir et d'enlever les matériaux qui ont servi à la construction de la manufacture et de ses dépendances. En effet, ces constructions peuvent être d'une grande valeur pour le propriétaire du sol et n'être considérées d'aucune valeur par une autre personne qui serait obligée de les démolir et de les enlever.

Il reste encore à savoir quel pourrait être le résultat pratique de la licitation du dit bâtiment si elle était ordonnée. Nous ne croyons pas que l'appelant pourrait forcer l'adjudicataire à enlever ces dits bâtiments, car ce ne serait plus la chose qu'il aurait entendu acheter. En effet, l'adjudication ne saurait être que de la manufacture et ses dépendances telles qu'elles se trouvent actuellement sur le terrain; mais non des matériaux qui ont servi à leur construction. On voit par là que le principe d'égalité qui doit exister dans le partage des biens des sociétés serait violé, attendu que l'appelant pourrait acheter à vil prix la manufacture en question qui est d'une grande valeur, vu que tout adjudicataire autre que lui ne pourrait pas jouir de ce qu'il aurait acheté sans trouble et sans le consentement de l'appelant, qui est propriétaire du sol. Il nous semble que nous devons considérer l'appelant comme une personne qui aurait bâti sur son propre terrain avec des matériaux d'autrui et qu'alors il est propriétaire du tout, et son action est, en conséquence, mal fondée. A l'appui de ces prétentions l'intimé réfère cette Cour aux articles de notre Code Civil cités plus haut et aux auteurs suivants:

Dalloz, verbo, propriété, Nos. 407 et 408.
Toullier, tome 3, No. 125.
Duranton, vol. 4, No. 375.
Laurent, vol. 6, p. 339, No. 260.
Pothier, vol. 9, p. 157, No. 170.
Mourlon, vol. 1, p. 736, sur l'article 554, C. N.

De quelque côté que nous envisageons la position des

1889.
Sangster & Hood.

parties en cette cause, il est évident que l'appelant ne saurait, en loi, d'après les allégations mêmes de sa déclaration, avoir l'action en partage et licitation. Dans tous les cas où une construction est faite sur un terrain et érigée à perpétuelle demeure, elle appartient au propriétaire du sol. Ainsi si ce tribunal considère que cette manufacture et ses dépendances ont été construites par les parties en cette cause comme associés et sur le terrain d'autrui et comme possesseur du terrain de bonne foi ou de mauvaise foi, elles sont devenues la propriété de l'appelant avec ou sans indemnité, et si la société est considérée comme locataire de ce même terrain et qu'elle ait bâti sur icelui, en cette qualité, les dits bâtiments, elle sera tenue à la fin de son bail de remettre les lieux dans l'état où elle les aurait loués ; sinon, en vertu de l'article 1640, l'appelant profitera de ces constructions.

Si nous considérons maintenant la preuve faite en cette cause, ce tribunal se convaincra davantage que les constructions qui forment le sujet du litige, ont été placées à perpétuelle demeure et qu'il n'a jamais été dans l'intention des parties qu'elles fussent, en aucun temps, démolies pour les matériaux être partagés entre eux.

Le 27 décembre 1887, il y avait déjà douze ans que cette manufacture et ses dépendances existaient. La preuve que l'appelant s'est efforcé de faire au soutien de sa demande ne peut avoir l'effet de détruire, dans l'esprit du tribunal, la certitude que ces bâtisses avaient été placées sur ce terrain de l'appelant pour y être à perpétuelle demeure. En effet, ce n'est pas parce que ces bâtisses et constructions pourraient être transportées facilement que nous devons croire qu'elles avaient été construites pour être détachées du sol lorsqu'arriverait la dissolution de la société entre les parties en cette cause.

Il est en outre évident que l'adjudicataire qui achèterait les bâtisses en question pour les transporter ailleurs, y attacherait un prix bien moindre que s'il pouvait les exploiter au lieu où elles se trouvent ; et, encore, nous ne pouvons douter que si c'eût été l'intention des parties en cette cause lors de la construction de ces bâtisses de les

démolir lors de la dissolution de la société, qu'alors l'intimé aurait songé à les construire sur un terrain qui aurait appartenu à la société. D'ailleurs, il suffit d'examiner la preuve en cette cause pour se convaincre que ces constructions sont de telle nature qu'elles doivent être considérées comme ne formant qu'un tout avec le sol sur lequel elles ont été érigées. Comment pouvons-nous estimer ou donner une valeur à ces constructions séparément du terrain sur lequel elles se trouvent? Ce serait, nous le répétons, donner trop d'avantage à l'appelant sur l'intimé, et ce serait mettre celui-ci à la merci de son co-associé; et le partage ne pourrait certainement pas être juste et équitable.

1889. Sangster & Hood.

Pour terminer nous citerons *in extenso* un jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant en Révision à Québec, le 18ème jour de juin 1885, dans une cause dans laquelle Adam Rémillard et al. étaient demandeurs v. Evariste Duval, défendeur, et Duval, opposant.

Nous croyons pouvoir soumettre que les faits relatés dans ce jugement ont beaucoup de rapport avec ceux de la présente cause. Le tribunal était présidé par l'Hon. juge-en-chef Andrew Stuart, et ce jugement, tel que nous l'avons pris dans les régistres de la Cour Supérieure, à Trois-Rivières, se lit comme suit :

" Considering that the return of the writ of execution issued in the present cause against the said defendant, establishes that the defendant having no movables, there was seized as immovables :

' Tous les droits et avantages que le dit E. Duval peut avoir ou prétendre comme locataire sur un lopin de terre ou emplacement situé en la paroisse de Nicolet, à prendre sur l'Isle appelée Moras, au côté sud ouest de la rivière Nicolet, de la contenance de trois arpents de profondeur sur deux arpents de largeur, et borné au nord, et duquel dit terrain le défendeur est en possession en vertu d'un certain bail à loyer consenti par François Manseau, cultivateur de la paroisse de Nicolet, au dit défendeur, E. Duval, le 7 octobre 1882, devant Robillard, notaire, le dit terrain connu et désigné aux plan et livre de renvoi offi-

1889.
Sangster & Hood.

ciel du cadastre d'enregistrement du comté de Nicolet, comme faisant partie du lot numéro 397, de plus le droit appartenant au dit défendeur en vertu du bail susdit, à faire l'usage de la grève de l'Isle Moras et d'y construire des quais sur un parcours d'un arpent et demi en face et en haut de l'emplacement sus désigné, de plus la propriété du moulin à scie, les mouvements et travaillants dessus érigés, circonstances et dépendances à la charge par l'adjudicataire de remplir, exécuter et accomplir toutes les charges, clauses, conditions et obligations auxquelles le défendeur est tenu envers le dit François Manseau en vertu du dit bail susmentionné.'

"That the defendant filed an *opposition afin d'annuler* to this seizure on the following grounds: 'que les biens saisis en cette cause ne sont pas des immeubles ainsi qu'irrégulièrement mentionné au procès-verbal de saisie, mais qu'au contraire, tous et chacun des biens saisis en cette cause, sont des biens meubles, que de fait les biens saisis en cette cause sont des constructions faites par le dit opposant à titre de locataire et avec destination purement temporaire ainsi que le dit opposant était en droit de faire en vertu des clauses dans le bail fait et passé à Nicolet, le 7 octobre 1882, devant Robillard, notaire public, duquel acte copie est produite au soutien de la dite opposition. Que le bail lui-même et les dites constructions sont des biens mobiliers dont la saisie et la vente ne pourraient être faites qu'en se conformant à toutes les formalités voulues par la loi et le code de procédure pour la saisie et vente de biens meubles;'

"That the plaintiffs contested the said opposition on two principal grounds, that the mill seized, and advertized for sale, is an immovable by nature, and that it was built under an agreement to that effect with the said François Manseau, and that it is an immovable by destination under said agreement, that no issue of fact was raised by the issue under said opposition, but one of law upon the construction of the agreement contained in the notarial case alleged and filed by the said defendant and opposant in support of his said opposition, namely: whether the

1889.

Sanguster & Hood.

seizure so made is that of a movable as alleged by the opposant, or of an immovable as is contended by the plaintiffs ;

" That the said mill is a steam saw mill of upwards of one hundred feet in length, of a breadth varying from twenty-five to forty feet, of forty feet in height, with foundations partly in the sand and partly upon masonry, and is capable of sawing four hundred logs per day of twelve hours;

" The lease under which it was so built by the defendant, is one for ten years from the first day of January, 1882, with the further following right or faculty in the defendant : ' il est expressément entendu qu'il sera loisible au locataire à l'expiration du présent bail de continuer et renouveler le présent bail pour un autre terme de cinq années au même prix, charges, clauses et conditions, et ensuite continuer le présent bail de cinq ans en cinq ans indéfiniment tel que le jugera convenable le dit locataire, en par ce dernier donnant avis de ce faire au moins deux mois d'avance, avant l'expiration de chacun des susdits termes de cinq années, et le dit Sieur Manseau donne au dit Sieur Duval, toute latitude possible pour la construction de moulins à scie avec leurs accessoires durant le terme de ce bail. Le locataire aura le droit de céder tout ou partie de ses droits au présent bail.'

" The Superior Court of Three-Rivers maintained the pretention of the said opposant, held that the lease and the said mill were movables and annulled the seizure thereof as immovables; it is this judgment which has been brought before this Court in Review ;

" Considering that the obligation of the said François Manseau under the said lease which is one for more than nine years, to wit: for ten years and indefinitely from the expiration of the said ten years, at the option of the said defendant, from five years to five years, as he shall choose to occupy the same, with its alienation, so long as he exercises such option, and that the said defendant has vested rights in the object of and lease attached to the

1889.
Sangster & Hood.

quality of the proprietor, which by the said lease and by law the said defendant may alienate and transfer without prejudice to the rights of the said François Manseau, and that the same may be seized as real property under execution against the defendant by his creditors of which the plaintiffs are one ;

" Considering that the right to the use and enjoyment of the property leased depends upon and is settled in all cases by the terms of the lease itself, and that such terms constitute the law of the contract which the Court is bound to ascertain and enforce, that the terms of the lease in question are binding on both parties, that they are not questioned on the ground of illegality nor are they obnoxious to any imputation of ambiguity, and that the destination of the said mill under the terms of the said lease is for the use and enjoyment of the defendant indefinitely at his option, subject to the fulfilment of the clauses, obligations and covenants of said lease, and that such a covenant is not contrary to any law ;

" Considering that by previous lease between the same parties dated the 4th October, before the same notary, for the same property in the same terms and for the same period of time, but for an annual rent of $100.00, it was stipulated " que toutes les bâtisses et améliorations sur le terrain à part les machineries, resteront la propriété du bailleur à l'expiration des termes du présent bail," this was an emphyteotic lease and carried an alienation with and in favor of the defendant ;

" Considering that the said last mentioned lease was modified by that of the 7th October, 1882, upon which the said opposition is based, by augmenting the annual rent to $150.00, and by omitting covenant that the ameliorations should belong to the said F. Manseau at the termination of the said lease, this leasing the said ameliorations to be considered then under articles 413-417 of the civil code of the Province, and that as well the one as the other of the said leases embodies the same contract, but in lieu of surrendering the ameliorations at the termination of the said lease to the said F. Manseau, he, the

said F. Manseau, preferred a higher rent for each year of the said lease to the ameliorations at the end of the said lease ;

" Considering that there is nothing illegal in the said modification, and that without ousting the said defendant of his right of property in the object of the said lease, the said Manseau could legally stipulate for additional rent, which was done ; that the rights of the said defendant in the said leases invoked, are rights which as well under the express terms of the contract by which he is authorized to sell, including not only the said ameliorations, but the said right to use and enjoy the same indefinitely at his option as by law, are rights which the creditors of the said defendant can seize and sell upon the defendant ; that the defendant is without interest to call in question the existence of the said right, and that the effect of the said opposition as maintained by the Court, will operate as a fraud upon the creditors of the said defendant ;

" Considering that the lease invoked does not contain any obligation of the defendant to demolish the said mill under any circumstances, and that the rights of the said F. Manseau at the termination of the said lease if it be ever terminated, will be ascertained, but the said mill which is immovable as well by nature as by destination, cannot be treated as movable ;

" Considering that the said mills were seized and to be sold as movables, the condition to demolish and carry away the same within some specified time, must be imposed on the *adjudicataire*, and that the purchase would be of the material of which the said mill is composed, for a mill constructed as the said mill cannot be sold as a movable, such an advertisement of the said mill coupled with the obligation to demolish the same, would lead in all likelihood to an opposition from F. Manseau upon his contract in the said lease, that at its termination the said mill and all ameliorations so constructed shall, if the same built in good faith, and in this case it is built under

1889.
Sangster & Hood.

covenant with him, remain to him as his property under the conditions regulated by law ;

" That the cost and value of the said mill is many times greater than the capital of the annual and perpetual rent stipulated to be paid to the said F. Manseau, and which is the price of the said land leased, and thus the accessory becomes the principal in value and utility ;

" Considering that the plaintiffs as creditors of the defendant, have a right to seize and sell in this cause all and any of the rights vested in the defendant, in and by the lease invoked by him by his said opposition, and that he has no interest and no right to interfere by opposition or otherwise in the exercise of the plaintiffs' rights to sell the same, and that the said opposition is a fraud upon the plaintiffs ;

" Doth adjudge and declare that in the judgment of the Court, sitting at Three-Rivers, rendered on the 16th of September, 1884, there is error, the same is hereby repealed, annulled and made void, and this Court proceeding to render the judgment the said Court should have rendered, declares the seizure in this cause by the plaintiffs on the defendant, one of immovables, and doth hereby dismiss the opposition *afin d'annuler* of the said defendant as unfounded in law."

May 20, 1889.]

The Court gave judgment sustaining the action, and referred to Art. 1562, C. C., which says that if a thing, either movable or immovable, held in common by several proprietors cannot be partitioned conveniently and without loss, or if in a voluntary partition of a property held in common there be a part which none of the co-proprietors is able or willing to take, a public sale of it is made to the highest bidder, and the price is divided among them. The appellant had followed this course, and his action must be maintained.

The written judgment in appeal is as follows :—

" La Cour, etc.....

" Considérant que les bâtisses dont il est question en

1889.

Sangster & Hood.

cette cause, ont été érigées par la société Sangster & Hood, pour les fins du commerce de cette société, sur un terrain appartenant à Sangster, l'appelant, et l'un des membres de cette société ;

" Considérant que les dites constructions ont été ainsi érigées, par la dite société, avec la permission de l'appelant, et que pendant la durée de la dite société, elle a payé à l'appelant, un loyer annuel pour le terrain occupé par les dites bâtisses et leurs dépendances, et que l'intimé a continué de payer la moitié du dit loyer après la dissolution de la société ;

" Considérant que la dite société a été dissoute, que toutes les réclamations et comptes des associés, l'un contre l'autre, et toutes les affaires de la dite société ont été liquidées et réglées entre les associés, sauf leurs droits respectifs dans les dites bâtisses ;

" Considérant que les dites bâtisses sont encore sur le terrain du demandeur, qu'elles y ont été érigées par la ci-devant société locataire du dit terrain, et qu'elles appartiennent partant pour moitié indivise à chacun des dits associés ;

" Considérant qu'en conséquence le partage et licitation d'icelles pouvait être légalement demandé, et qu'il y a erreur dans le jugement dont est appel, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Beauharnois le 30me jour d'avril 1880, annule et renverse le dit jugement, et procédant à rendre le jugement que la dite Cour de première instance aurait dû rendre, ordonne que, par experts à être nommés par les parties, sinon d'office, par la Cour Supérieure pour le district de Beauharnois, il soit procédé à la visite et l'examen de la dite fromagerie avec ses dépendances, laquelle est décrite comme suit dans la déclaration en cette cause : ' A cheese factory, in-' cluding boiler-house and ice-house connected there-' with,' afin de constater si les dites constructions peuvent être convenablement et commodément partagées entre les parties, de manière à en faire deux lots égaux, dont l'un pour l'appelant et l'autre pour l'intimé, et dans le cas où les dits experts feraient rapport que les dites constructions

1889.
Sangster & Hood

ne peuvent être ainsi partagées, il sera procédé, en la manière ordinaire, à la vente par voie de licitation, des dites constructions au plus haut et dernier enchérisseur, pour le produit d'icelle vente être distribué suivant la loi et les droits des parties, à la charge par l'acquéreur, s'il est autre que le demandeur, d'enlever les dites bâtisses et mettre les lieux dans l'état où ils étaient avant les constructions, le tout sous un mois de la date de l'adjudication ;

" Et la Cour condamne l'intimé à payer à l'appelant les frais par lui encourus sur le présent appel, et quant aux frais en Cour de première instance, l'intimé est condamné à payer à l'appelant ceux de la contestation ; les frais de l'action *ex parte*, et les frais de licitation ils seront pris sur la masse."

Judgment reversed. [1]

McCormick, Duclos & Murchison, for appellant.
Seers & Laurendeau, for respondent.
Geoffrion, Q. C., counsel.

(J. K.)

[1] The respondent Hood appealed from the above judgment to the Supreme Court of Canada. Sangster moved to quash the appeal on the ground that the matter in controversy was less than $2,000. The motion was granted and the appeal quashed. (See 13 Leg. News, 34).

January 25, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

THE ONTARIO BANK,

(*Claimants in Court below*),

APPELLANTS;

AND

EDWARD CHAPLIN,

(*Contestant in Court below*),

RESPONDENT.

Insolvency—Distribution of estate—Privilege—Winding up Act—Deposit with Bank after suspension.

HELD:—1. That a creditor is not entitled to rank for the full amount of his claim upon the separate estates of insolvent debtors jointly and severally liable for the amount of the debt; but is obliged to deduct from his claim the amount previously received from the estates of other parties jointly and severally liable therefor.

2. A person who makes a deposit with a bank after its suspension, the deposit consisting of cheques of third parties drawn on and accepted by the bank in question, is not entitled to be paid by privilege the amount of such deposit.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal, (Mathieu, J.), April 25, 1887, maintaining the contestation of appellants' claim upon the Exchange Bank in liquidation.

The judgment was as follows:—

"La Cour, après avoir entendu la réclamante et le contestant, par leurs conseils respectifs, sur le mérite de la réclamation de la dite Banque Ontario et de la contestation d'icelle réclamation par le dit Chaplin, examiné la procédure, etc.....

"Attendu que la réclamante a, le 5 juin 1886, produit aux liquidateurs de la dite Banque d'Echange du Canada, une réclamation demandant à être colloquée comme créancière ordinaire, pour la somme de $11,216.56, et comme créancière privilégiée, pour la somme de $939.85;

1889.

Ontario Bank & Chaplin.

"Attendu que le contestant, Edward Chaplin, un des créanciers de la dite Banque d'Echange du Canada, a contesté cette réclamation, pour partie, et qu'il allègue, dans sa contestation, que la dite réclamante a négligé de créditer la Banque d'Echange du Canada, dans sa réclamation, pour un montant de $2,454.29, reçu comme dividende dans la faillite de Hyde, Turcotte & Cie., sur des billets faits par la société de Hyde, Turcotte & Cie., pour lesquels la dite Banque d'Echange du Canada était responsable à la réclamante, comme endosseur, et qui avait été payé à la dite réclamante, comme suit, $184.58 le 25 mars 1884, et $2,269.71, le 7 juin de la même année : que la somme de $939.85 pour laquelle la réclamante demande à être colloquée, comme créancière privilégiée, est la balance d'une somme de $1,174.81 déposée par la réclamante à la Banque d'Echange du Canada, le 17 septembre 1883, après la suspension de la dite Banque d'Echange du Canada ; que ce dépôt fut fait de la manière suivante : $900 par un chèque de J. Pedlar ; $8.86 par un chèque de J. Strachan ; $32.15 par un chèque de Vipond & McBride, et $213 par des billets de la dite Banque d'Echange du Canada sur des fonds que les signataires avaient à la dite banque ; que la réclamante n'a pas de privilége comme créancière pour le montant des dits chèques, et que, si elle avait été payée du montant des dits chèques, le 17 septembre 1883, après la suspension de ses paiements, ce paiement eût constitué une préférence frauduleuse en faveur de la réclamante ; que cette dernière a le droit d'être colloquée comme créancière privilégiée sur la dite somme de $230, montant des billets déposés, comme susdit, pour lesquels billets, formant partie de la circulation de la dite banque, elle a, par la loi, un privilége, mais que sur cette somme, la réclamante a reçu un dividende de 20 par cent, savoir, une somme de $47.72, laissant une balance due à la réclamante, sur ce montant, de $191.14, pour laquelle le contestant n'a pas d'objection à ce que la réclamante soit colloquée, comme créancière privilégiée ; que le 30 décembre 1884, la réclamante a produit une réclamation pour ce qu'elle prétendait lui être alors

1889.

Ontario Bank & Chaplin.

dû, au montant de $16,912.13, dans laquelle se trouvait incluse la dite somme de $1,174.81 comme créance ordinaire ; que la créance réelle actuelle de la dite réclamante contre la Banque d'Echange du Canada, sans déduire le dividende de 20 pour cent qui a été payé, n'est que de la somme de $10,841.20, dont $230 doivent être payées par privilége, et conclut à ce que la dite réclamation de la Banque Ontario soit réduite à la dite somme de $10,841.20 ; qu'elle ne soit colloquée par privilége que pour la somme de $230, déduction faite du dividende de 20 pour cent payé sur ce montant, et comme créancière ordinaire sur la balance ;

" Attendu que la réclamante, dans sa réponse à la contestation du contestant allègue : que, dans le mois d'août 1883, la réclamante a prêté à la Banque d'Echange du Canada, la somme de $35,298.05, et lui a escompté, en faisant ce prêt, divers billets promissoires qu'elle avait alors, et pour le paiement desquels la dite Banque d'Echange se rendit conjointement et solidairement responsable, avec les personnes obligées au paiement de ces billets ; qu'au nombre de ces billets s'en trouvaient trois de la société Hyde, Turcotte & Cie. au montant de $2,150 chacun ; que cette société Hyde, Turcotte & Cie. a payé un dividende de 35 pour cent dans la piastre ; que la réclamante a reçu, sans préjudice à son droit de venir en contribution avec la Banque d'Echange du Canada, pour le plein montant des dits billets promissoires, jusqu'à ce qu'elle ait reçu cent centins dans la piastre, et que la réclamante a droit, nonobstant la réception de ces sommes de $184.58 et de $2,269.71, montant des dividendes payés par Hyde, Turcotte & Cie., de venir en contribution pour le plein montant des dits billets, intérêts et frais sur iceux : que quant à la réclamation pour la dite somme de $939.85, la dite réclamante a le droit d'être payée par privilége, vu que lorsque ce dépôt a été accepté par la Banque d'Echange du Canada, elle avait suspendu ses paiements, ce que ne connaissait pas la réclamante, et que, si elle n'est pas payée par privilége, elle se trouve, par la fraude de la dite Banque d'Echange

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

du Canada, privée de tout recours ; que quelques instants après avoir fait ce dépôt, la réclamante ayant été informée de la suspension de paiements de la Banque d'Echange du Canada, a demandé à cette dernière de lui remettre le montant du dit dépôt, ce que la Banque d'Echange du Canada a refusé de faire ;

"Considérant que par l'article 1139 du Code Civil, la livraison d'une somme d'argent au créancier, pour acquitter une obligation, et la réception de cette somme, constituent un paiement ;

"Considérant que la réclamante admet qu'elle a reçu, avant la production de sa réclamation, en argent, une somme de $2,454.29, reconnaissant, par là, qu'elle a reçu le paiement pour autant sur sa créance, et qu'il s'en suit que sa créance était, lors de la production de sa réclamation, diminuée d'autant, et qu'il ne lui était plus dû que la différence, pour laquelle balance, elle avait le droit d'être colloquée comme les autres créanciers ;

"Considérant que la réclamante ne pourrait être colloquée, pour le plein montant de sa réclamation, que dans le cas où cette réclamation serait véridique, et que, pour obtenir une collocation, sur le montant de sa réclamation, il faut que la réclamante puisse dire, avec vérité, dans sa réclamation, que le montant pour lequel elle réclame lui est dû ;

"Considérant que, lorsque la réclamante a produit sa réclamation, le 5 décembre 1884, et lorsqu'elle a produit sa seconde réclamation, le 5 juin 1886, le montant qu'elle avait reçu de Hyde, Turcotte & Cie. et qu'elle déduit de sa première réclamation, ne lui était pas dû, et qu'elle ne pouvait pas alors faire une réclamation, pour un montant qui ne lui était pas dû, parce qu'en faisant sa réclamation elle devait déclarer que le montant par elle ainsi réclamé lui était alors dû ;

"Considérant que la réclamante n'a pas le droit d'être payée par privilége, du montant des chèques ci-dessus relatés, et que, par le transport qui lui fut fait de ces chèques, elle n'a pas plus de droit que les porteurs originaires de ces chèques eux-mêmes ;

1889.

Ontario Bank & Chaplin.

"Considérant que le fait que ces chèques auraient été acceptés en dépôt, par la Banque d'Echange du Canada, après la suspension des paiements de la banque, ne peut obliger cette dernière à payer à la réclamante le montant total de ces chèques, moins seulement à l'indemniser, c'est-à-dire à la colloquer sur le montant des dits chèques comme créancier ordinaire ;

"A déclaré et déclare que la réclamation de la réclamante doit être réduite à la somme de $10,841.20, et réduit, de fait, cette réclamation à ce montant, et a ordonné et ordonne aux liquidateurs de la dite Banque d'Echange du Canada de ne colloquer la dite réclamante que sur ce montant, moins, toutefois, la somme de $230, pour laquelle la réclamante devra être colloquée par privilége, déduction faite néanmoins de 20 pour cent qu'elle a reçu sur cette somme de $230, avec dépens contre la dite réclamante, distraits, etc."

Nov. 20, 1888.]

H. Abbott, Q. C., for appellants :—

There are two questions involved,

Firstly.—As to the right of a creditor to rank, for the full amount of his claim upon the separate estates of two insolvent debtors jointly and severally liable for the amount of the debt; or, in the present case, the right of the appellants to rank for the full amount of their claim, founded upon notes discounted for the Exchange Bank, without deducting from their claim the amount received from other parties jointly and severally liable with the bank upon the notes ; and,

Secondly.—As to the right of the appellants to be paid by privilege the amount of a deposit made with the Exchange Bank of Canada after its suspension, represented by cheques of third parties accepted by the Exchange Bank, and the amounts placed to the credit of the appellants.

The claim contested was filed on the 5th June, 1886, claiming a balance of $11,216.56 ; and also a special claim by privilege, for the amount of a deposit made on the

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

17th September, 1883, of $1,174.81, less a dividend of $234.96, making a balance claimed by privilege of $939.85.

This claim was filed as an amended claim to one previously made on 30th December, 1884, claiming $16,912.13. The claim was contested by the respondent, creditor of the Exchange Bank; first on the ground that the appellants had neglected to credit the $2,454.29 received as dividends from the insolvent estate, Hyde, Turcotte & Co., upon which, as he says, the Exchange Bank were liable as endorsers; and secondly, he contested the claim to be collocated by privilege for the $939.85, balance of the deposit, alleging that this deposit was made on the 17th September, 1883, after the suspension of the Exchange Bank, and consisted of cheques on that bank to an amount of $935.95, and of notes of the Exchange Bank to the amount of $238.86. The respondent declared that he did not contest the claim of the appellants to be paid by privilege the $238.86 deposited in circulation of the Exchange Bank; but contended that the cheques of which the remainder of the deposit was composed, only constituted in the possession of the said appellants an ordinary claim on the Exchange Bank, alleging that if the cheques had been paid to the appellants on the 17th September, or at any time after the suspension of the bank, it would have constituted an illegal and fraudulent preference, and that they now seek such illegal preference by claiming to be collocated by privilege for the amount of the said cheques; and also alleging that no demand had ever been made upon the liquidators of the Exchange Bank to cancel the deposit and return to the appellants the cheques and moneys deposited. The contestant therefore prayed that the claim should be modified and reduced to the sum of $10,841.20, for which amount he declared his willingness that the appellants should be collocated as ordinary creditors.

The appellants answered the contestation, and set out that they had lent and advanced to the Exchange Bank the amount already mentioned ($35,298.05) by discounting for that bank the promissory notes referred to, then held

by that bank, in consideration of which the Exchange Bank guaranteed the prompt payment of the said notes at maturity, and thereby became jointly and severally liable for the payment thereof, with the parties to the said notes; alleging that they were not bound to credit the dividends received from Hyde, Turcotte & Co., which were dividends upon the notes made by them and discounted for the Exchange Bank; and further setting out that the said firm had become insolvent, and paid a dividend of 35 cents in the dollar to the appellants as holders of the notes, and that the appellants received the dividend without prejudice to their right to rank upon the Exchange Bank for the full amount of said notes, until they should have received 100 cents in the dollar on the amount thereof; and claimed that they were entitled, notwithstanding the receipt of the dividends, to claim and rank upon the estate of the Exchange Bank for the full amount of the notes, until they should have received from the bank a sum sufficient, together with the dividends already received from the estate of Hyde, Turcotte & Co., to make up one hundred cents in the dollar. They also set out by their answer that they had filed their former preliminary claim upon the representation of the liquidators that they were bound to credit the amount of these dividends, and that the credit was given by error and under a misapprehension of their legal rights. As to the deposit, the appellants admitted that it was composed of the sum of money and cheques set out in the contestation, and alleged that the claimants had made the deposit in ignorance of the fact of the suspension of the Exchange Bank, and that the Exchange Bank received the same in bad faith, without notifying the appellants of the suspension, whereby they were deceived and led into error, and parted with the money and cheques under circumstances in which they would not have done so had they known the true condition of the Exchange Bank, who should have refused the said deposit, and had no right to receive the same. That immediately after making the deposit, the appellants, hearing of the sus-

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

pension, demanded its return from the Exchange Bank, which the latter refused. It is also alleged that all the drawers of the cheques deposited had ample funds in the Exchange Bank to meet them, and were all solvent and otherwise well able to pay the cheques, and that had the Exchange Bank refused to receive the cheques, and returned them to the appellants, as they should have done, they would have collected the amount of the cheques from the drawers; but that the Exchange Bank, by unlawfully and fraudulently receiving the cheques at a time when they were insolvent and had suspended payment, deprived the appellants of all recourse against the drawers; and that the Exchange Bank, in electing to take said cheques in the manner and at the time they did, took the same in cash, and are bound to return the amount in cash; and that the Exchange Bank received full value for the cheques by charging the full amount to the account of the drawers, and that if the contestation of the claim for payment by privilege was maintained, the Exchange Bank would, while receiving payment of the cheques in full, at a time when they were insolvent, defraud the appellants of the difference between the amount of the cheques and the amount of any dividend the Exchange Bank might pay, and would thereby wrongfully enrich themselves at the expense of the appellants.

The appellants claim, for the reasons stated in their answer to the contestation, that they are entitled to recover the deposit received by the Exchange Bank after its suspension, and treated by them as cash. The deposit in the Exchange Bank deprived the appellants of their recourse against the drawers of the cheques, and the deposit itself was only made after the suspension, and in ignorance of that fact. The amount of the deposit did not form part of the receipts of the Exchange Bank at the time of its suspension, and it would be most inequitable that the other creditors of the bank should be benefited at the expense of the appellants, through the illegal action of the bank in receiving the deposit when it did. The Court

below has held that the appellants are not entitled to be repaid the amount of the cheques by privilege, giving as a reason that they have no more rights than the holders of the cheques themselves would have had. It is somewhat difficult to follow this reasoning. The rights of the original drawers of the cheques under the circumstances would not have been in any way the same as those of the appellants. If the drawers had presented the cheques, and the cheques had been paid, as they were by their being credited to the Ontario Bank, they would have got their money, and that would have been an end of the matter; or if the bank had refused to pay the cheques presented by the drawers themselves, they would simply have had to rank upon the estate of the bank as ordinary depositors; but they in such case, would have been in a totally different position from the appellants. They would have been claiming to be paid such dividend as the liquidators might declare upon the amount of the deposits which they had in the bank previous to its suspension, whereas the appellants are put in the position of becoming depositors in an insolvent bank unwittingly, and thus losing the difference between the amount which the bank may pay and the face value of the cheques.

Under these circumstances, the appellants contend that the judgment of the Court below was erroneous on this point, and that their privilege should have been maintained.

As to the larger amount in dispute, namely, the dividends received by the appellants from the estate of Hyde, Turcotte & Co., the appellants contend that inasmuch as the Exchange Bank and Hyde, Turcotte & Co., were jointly and severally liable upon the notes in question, they had a right to rank upon both estates for the full amount of the notes until their claim should be paid in full. This position is based upon the provisions of our Code with regard to joint and several obligations (Articles 1103, 1107, C. C.); the appellants contending that they have a right as creditors of a joint and several debt to apply to each of their debtors singly for the payment

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

of the debt, and one of the debtors cannot set up a payment made by another and received by the creditor under reserve, as against payment of the balance of the debt. This position, in the absence of any insolvency legislation, has been recognized by our courts, and the appellants would refer to the case of *Benning* v. *Thibaudeau* (M. L. R., 2 S. C. 338), and the authorities which are there collected and commented upon at length. The principles laid down in that judgment and the authorities cited are not affected by the Liquidation Act (45 Vict., ch. 23); s. 65 only dealing with the case of a creditor holding security, and where the creditor holds a claim based upon negotiable instruments upon which the bank is only indirectly or secondarily liable. Here the appellants did not hold any security, they simply discounted for the bank the paper in question, upon which the bank became liable in the same way as though they had endorsed the paper, that is to say, jointly and severally with the other parties thereon.

The appellants therefore contend that on this point also the judgment of the Court below is erroneous, and that the contestation should be dismissed.

J. N. Greenshields, *Q. C.*, for respondent.

DORION, CH. J., (for the Court):—

This appeal arises out of the contestation by the respondent of claims made by the Ontario Bank on the assets of the Exchange Bank, now in liquidation.

The questions raised are: 1st. Has the Ontario Bank any preference or privilege over other creditors for the amount of certain cheques which they have received from the customers of the Exchange Bank, and deposited with that Bank on the day they failed and closed their doors?

2nd. Has the Ontario Bank the right to rank for the full amount of the advances made to the Exchange Bank on the security of the notes transferred by the latter, without first deducting the sums previously received from the other parties to the notes?

1889.

Ontario Bank & Chaplin.

The Court below rejected the pretensions of the appellants on both issues, and held they had no privilege for the cheques deposited with the Exchange Bank, and that they were bound to deduct from their claim the sums received before the date at which they filed their claim, from the makers of the notes transferred by the Exchange Bank.

The facts are as follows: The Exchange Bank failed on the 17th of September, 1883. Liquidators were subsequently appointed, and on the 30th of December, 1884, the appellants filed with the liquidators a claim for a balance of $16,912.13. This claim included a balance due on Hyde, Turcotte & Co.'s notes for $6,450, transferred by the Exchange Bank to appellants, and on which the latter deducted a sum of $2,454.29 for dividends received from Hyde, Turcotte & Co.'s estate. The appellants' claim also included a sum of $238.86 of Bank bills or notes issued by the Exchange Bank, and of $935.95 of cheques on the Exchange Bank, which customers of the Bank had transferred to appellants, forming in all $1,174.81, which notes and cheques, the appellants had deposited at the Exchange Bank on the 17th of September, 1883, the day the Bank stopped payment.

After having received a dividend of twenty per cent on this claim of $16,912. 13, the appellants, on the 6th of June, 1886, filed an amended claim for $11,216.56, as ordinary creditors, and a privileged claim for $939.85 as being the balance of $1,174.81, after deducting $234.96, amount of a dividend of twenty per cent already received, this sum of $1,174.81 consisting of the Bank notes and cheques above mentioned.

The respondent, as creditor of the Exchange Bank, admitting that the appellants were entitled to be paid by privilege the sum of $238.26, amount of their claim on Bank notes, less the dividend of twenty per cent. already received, contested the privilege claimed by the appellants for the portion of their claim for cheques deposited by the appellants with the Exchange Bank on the 17th

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

of September, 1883. The respondent also contested the ordinary claim of the appellants for $11,216.56, to the extent of $2,454.29 received from Hyde, Turcotte & Co.'s estate, which had been deducted from the original claim, but of which no credit was given in the amended claim.

There are no disputes as to the facts. The claim of the appellants is as already stated for $939.85 as privileged creditors, and for $11,216.56 as ordinary creditors. The respondent admits the privileged claim to the extent of $238.86, less dividend of twenty per cent. paid thereon, and also admits the ordinary claims including the balance of the claim on which the appellants' privilege is contested, to amount to $10,841.20.

The appellants claim to have a privilege for the cheques which they received from the customers of the Exchange Bank, and which they deposited with the Exchange Bank on the day the Bank suspended payment, on the circumstance that they did not know then that the Bank had failed, and that immediately after acquiring the knowledge of the failure of the Bank, they claimed that these cheques be returned to them, which was refused.

It appears in evidence that on presentation of these cheques on the morning of the 17th September, 1883, they were entered in the usual way to the credit of the appellants, who thereby became ordinary creditors for the amount of those cheques, in the same way as if they had been deposited on the previous banking day. They trusted the Exchange Bank for the amount, and the balance in their favor was increased by so much—but with no priority nor preference—and the circumstance that the Exchange Bank refused after closing their doors to return these cheques, which had been placed to the credit of the appellants, does not alter the case, and cannot convert their claim, as ordinary creditors, into a privileged claim.

On the contestation as to the amount of their claim—as ordinary creditors—the appellants contend that as the Exchange Bank had transferred to them the notes of

Hyde, Turcotte & Co., the Exchange Bank were jointly and severally responsible with Hyde, Turcotte & Co. for the payment of those notes, and that the appellants had a right to claim the full amount due on said notes from either estate, until full payment thereof, without deducting what they had received from the one or the other.

It cannot be denied that at common law a partial payment of a debt extinguishes *pro tanto* the claim of the creditor, just as the payment of the whole debt extinguishes the whole obligation. Art. 1138, C. C. Art. 1234, C. N. Pothier, Obligations, Nos. 275, 276, 277. 2 Bell's Commentaries, p. 531.

It is contended, however, that this rule does not apply to the distribution of the insolvent estates of traders, and that a creditor may prove against the several estates of all his joint and several debtors and receive dividends from each estate on the whole of his claim, until he is paid in full. It is admitted, however, that if only one of the debtors is insolvent, the creditor can only sue the others for the balance of the claim after deducting the dividends received from the insolvent estate, which is a conclusive proof of the principle above stated, that, at common law, the debt is extinguished in proportion to the payments made thereon. 3 Massé, Droit Commercial, No. 2020—*in fine.*

It is true that by Arts. 542 and 544 of the French Code de Commerce, if all the joint and several debtors are insolvent, the creditor may claim under their several estates for the whole amount or balance due on his claim, at the time of the declaration of insolvency, without any deduction in one estate of the dividends received in the others. 3 Massé, No. 2024.

The same rule seems to prevail in England and in Scotland, with this variation, that in England the creditor must credit all sums received from other parties or estates up to the time of filing his claim, while in Scotland the creditor may prove his whole debt as it existed at the date of sequestration or adjudication, without any

1889
Ontario Bank & Chaplin.

deduction of any partial payment received since such sequestration or adjudication. 2 Bell's Com., pp. 338, 339, 532, 533.

All this shows that the right of the creditors to rank for the whole amount of their claims on the several estates of their co-debtors who are jointly and severally liable for their claim, is confined to the several countries in which it has been admitted by positive law or by the jurisprudence.

Bell, vol. 2, pp. 531, 532 and 533, shows the variations of the jurisprudence on this question in Scotland.

In England the question has long been settled by the insolvent laws of the country, and in France by Arts. 542 and 544 of the Code de Commerce. It seems to be admitted that the rule does not apply to estates of non-traders, and it certainly does not in France.

It is however contended that before the Code de Commerce the same rule as to insolvent estates prevailed in France, and that we must be guided by the jurisprudence then existing.

The doctrine of the authors and the history of the jurisprudence, on this question, are fully stated by Becane, "Questions de droit commercial." The author is a modern writer who has reproduced with annotations the whole of the treatise of Dupuy de Lassera "sur les sociétés, les lettres de change et les faillites." He says that Dupuy de Lassera whose works were published about 1693, a very short time after the ordonnance du commerce of 1673 and that of 1681, has devoted more than a third of his treatise on Bills of Exchange to this difficult question. After reviewing the opinions of Savary, Pothier and Jousse, Dupuy de Lassera has propounded this rule, to be found at page 518 of Becane; Maxime 6: "Le porteur d'une lettre de change acceptée et protestée faute de paiement, qui est entré dans quelque contribution ne peut entrer dans les suivantes que successivement pour ce qui lui est dû en reste."

Pothier, du Contrat de Change, No. 160, says: "Le porteur de la lettre de change peut, si bon lui semble,

"etc. De là il suit que, si tous ceux qui sont débiteurs "de la lettre de change, tant l'accepteur que le tireur et "les endosseurs, avaient fait banqueroute, le propriétaire "de la lettre qui est créancier de chacun d'eux du total, "peut se faire colloquer dans la distribution des biens "de chacun d'eux, comme créancier du total; mais aussi- "tôt que par la distribution qui aura été la première ter- "minée, il aura été payé d'une partie de sa créance, *puta* "du quart, il ne pourra plus rester dans les distributions "des autres débiteurs, qui restent à faire, que pour le "surplus de ce qui lui est dû."

Jousse et Boutaric, both commentators of the ordinance of 1673, adopted the same rule, which was also recognised by an Arrêt of the Parlement de Paris of the 18th May, 1706. Subsequently the merchants remonstrated against a system which exposed them to serious losses, and finally the Parlement de Paris by an arrêt of the 18th of June, 1776, reversed its former jurisprudence, and decided that the holders of joint and several securities had the right to claim from the estates of their several debtors the whole amount of their debt, without any deduction of what they had received from the estates of the other co-de tors, and that until they were fully paid.

This was followed by other similar decisions until the rule was embodied in Arts. 542 and 544 of the Code of Commerce, 4 Massé, No. 2021.

It must be observed that this jurisprudence was established when the ordonnance du commerce of 1673, and the ordonnance of 1681 which contained provisions for the winding up of insolvent estates, were in force in France, and against the jurisprudence and common law rule prevailing previous to these ordinances, and against the authority of the most esteemed French writers who wrote before the change was made. These two ordinances were never in force in this country, and the only jurisprudence recognised by our courts is that which prevailed in France before the establishment of the Conseil Supérieur, at Quebec, in 1663, and which applied to the

1889.
Ontario Bank & Chaplin.

distribution among creditors of the estates of traders as well as of non traders in the same manner.

We have had no insolvent laws here except such as were enacted from time to time by parliament, and in the Statutes which were in force from 1864 to 1883, and the rule laid down by these statutes was that followed in England, that is, to allow the creditor to prove and rank against the several estates of debtors jointly and severally liable, for all sums due when the claim was proved against each estate.

This rule would not improve the position of the appellants, since they received the dividends from the estate Hyde, Turcotte & Co. before the filing of their first claim, in which they gave credit for these dividends.

This question has twice been discussed before the Courts in this province, and on both occasions the rule laid down by Pothier and the other old authors has been acknowledged, subject however to the provisions contained in the Insolvent Acts then in force.

The first case was that of *Bessette & La Banque du Peuple*, 14 L. C. J., p. 21, and 15 L. C. J. 126. In that case it was distinctly held by Mr. Justice Mondelet that neither the Scotch, nor the modern French jurisprudence was law here.

The second was the case of *Rochette & Louis*, 3 Q. L. R. 97, in which Chief Justice Meredith discussed the question at full length and came to the same conclusion.

The insolvent laws having lapsed, we have to revert to the principles of our common law, according to which all debts are extinguished in whole or in part according to the amount paid thereon.

It is only necessary to observe, that, when Larombière, vol. 2, p. 617, speaking of Arts. 542 and 544 of the Code of Commerce, says: "Ces sages dispositions, expression "du droit commun, doivent être appliquées en matière "civile. Elles ne sont en effet que la conséquence de ce "principe que chaque co-obligé solidaire est tenu de la "totalité;" he has fallen into a manifest error. If it were so that the Arts. 542 and 544 were the expression of the

common law of France, and that they were the consequence of the joint and several liability (*solidarité*) of the co-debtors, these articles would have found their place in the Code Civil, which exposes the principles of the common law, and not in a distinct chapter of the Code de Commerce applying to insolvent estates only. The rule would also in that case apply to all joint and several liabilities irrespective of the date of the payment on account, of the insolvency of the debtors, and of their quality of traders, while art. 542 in terms only applies to insolvent estates, and Art. 544 expressly declares that payments made before the declaration of insolvency shall be deducted from the claim on the estate of the insolvent.

Bédarride, in his *Traité des faillites*, vol. 2, No. 851, holds views directly opposed to those of Larombière, and says: "Tous les débiteurs solidaires sont tenus de l'intégralité "de la dette. Le créancier peut à son gré les contraindre "individuellement et s'adresser à celui qu'il lui plait de "choisir. Mais en thèse ordinaire, les sommes payées, "par l'un d'eux, font disparaître, au profit de tous, une "partie équivalente de la dette, de telle sorte que le cré-"ancier ne peut jamais demander aux autres que la solde "encore due." No. 853: "L'Art. 542, *contient donc une dérogation au droit commun.*" See also Bédarride, No. 856. Demolombe, vol. 26, No. 340, shows that the opinion of Larombière on this point is unfounded.

The opinion of Tarrible, in 19th Locré, p. 393, and of Massé, vol. 3, No. 2023, have been cited as supporting the views of Larombière.

The opinion of Tarrible is not sufficiently explicit to bear out the construction put upon the passage cited, and Massé does not express a very decided opinion on the question. The terms of the articles are so clear that it is surprising they should have given rise to any doubt.

Whatever may be the opinions of some writers, on this question, it is certain that the great majority of the French writers differ from Larombière's views, and that there is not a single *arrêt* to be found, whether before the

1869.
Ontario Bank & Chaplin.

French Code or since, which has applied the Articles 542 and 544 to the distribution of property of debtors whose estates were not wound up as insolvent estates, under the provisions of the Code of Commerce relating to insolvency.

In this province, as already stated, there are no Insolvency laws, and the Exchange Bank estate is wound up under the provisions of the winding up Act of 1882–45 Vict. Ch. 23, and sect. 65 of this Act contains the following provisions: "And if a creditor holds a claim based upon "negociable instruments upon which the company (that "is the company whose estate is wound up) is only indi- "rectly or secondarily liable, and which is not mature "and exigible, such creditor is considered to hold security "within the meaning of this section, and must put a "value on the liability of the party primarily liable "thereon, as being his security for the payment thereof: "but after the maturity of such liability and its non- "payment he is entitled to amend and revalue his claim."

This section is decisive. Hyde, Turcotte & Co. were primarily liable on the notes transferred by the Exchange Bank to the appellants, who under this provision were considered to be secured creditors bound to value their security, and to deduct from their claim the value put on such security or the amount realised therefrom.

When the appellants filed their claim, on the 30th of December, 1884, they had more than security for their claim, they had actually received a portion of it to the extent of $2,454.29. There was no error in their deducting this amount from their original claim, and there is therefore no ground for allowing the amended claim, either on general principles or under the rule laid down in the above section of the winding up Act.

The judgment of the Court below must therefore be confirmed with costs.

Judgment confirmed.

Abbotts & Campbell for appellants.

Greenshields, Guerin & Greenshields for respondent

(J. K.)

January 25, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ and DOHERTY, JJ.

JOSEPH R. THIBAUDEAU,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

JAMES BENNING ET AL.,
(*Plaintiffs in Court below*),
RESPONDENTS.

Insolvency—Claim against insolvent—Notes held as collateral security—Collocation.

HELD:—(Reversing the judgment of the Court of Review, M. L. R., 2 S. C. 338), That a creditor who holds notes or merchandise as collateral security, is not entitled to be collocated upon the estate of his debtor in liquidation, under a voluntary assignment, for the full amount of his claim, but is obliged to deduct any sums he may have received from other parties liable upon such notes, or which he may have realized upon the goods; and it does not matter at what time such sums have been received on account, provided it is before the day appointed for the distribution of the assets of the estate on which the claim is made.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, Sept. 28, 1886, which is fully reported in M. L. R., 2 S. C., pp. 338–352.

Nov. 26, 27, 1888.]

Geoffrion, Q. C., for appellant.

Béique, Q. C., for respondents.

The parties submitted the following joint case:—

Le 13 février 1882, Marcotte, négociant de Montréal, ayant cessé ses paiements, a fait cession de ses biens à l'appelant, un de ses créanciers, à la charge par celui-ci d'en diviser le produit entre tous les ayants droit.

Les intimés, aussi créanciers du failli, ont produit leur réclamation dûment attestée entre les mains de l'appelant, le 22 avril 1882, établissant leur créance à la somme

1889.
Thibaudeau & Benning.

de $19,139.83, et l'appelant, après avoir réalisé partie des biens cédés a annoncé un dividende au taux de 12½ centins par piastre, payable le 13 juillet suivant. La somme à laquelle les intimés avaient droit d'après la feuille de dividende ainsi préparée par l'appelant, s'élevait à $2,392.49, mais lorsqu'ils se présentèrent pour la retirer, elle leur fut refusée et l'action en cette cause a pour but d'en obtenir le paiement.

A cette action, l'appelant a plaidé que les intimés n'ont en réalité aucune réclamation contre Marcotte, qu'avant sa faillite celui-ci leur avait transporté des billets et marchandises pour une somme considérable, et qu'en tenant compte des sommes qu'il leur avait payées, des billets qu'il leur avait transportés, des marchandises qu'il leur avait remises et du montant réalisé au moyen d'iceux, leur créance se trouve complètement éteinte.

En réponse à cette défense les intimés admettent avoir réalisé, *postérieurement à leur réclamation*, au moyen de billets et autres valeurs à eux transportés par Marcotte avant sa faillite, comme gage ou garantie collatérale, certaines sommes bien inférieures à leur créance, mais ils soutiennent que n'étant pas satisfaits en entier, ils avaient le droit de concourir avec les autres créanciers, sur le chiffre nominal de leur créance, au jour de leur réclamation contre la faillite.

Les garanties collatérales que Marcotte avait transportées aux intimés avant sa faillite, consistaient en certaines marchandises et en billets endossés par Marcotte, le montant desquels billets s'élevait à $23,436.30, presque entièrement composé des billets d'un nommé Moodie.

Moodie était lui-même tombé en faillite et les intimés avaient réalisé, à même ses biens, au moyen des billets qu'ils tenaient comme garantie collatérale, $9,676.24 dont $8,363.76, *postérieurement à leur réclamation*, mais avant le 13 juillet 1882, époque à laquelle le dividende était payable, et $911.57 dans le cours de mai, juin, juillet 1882, et $248.91 en avril 1883.

Les intimés avaient aussi réalisé $490, postérieurement au 13 juillet 1882 nommé au moyen des marchandises.

La question de droit à être décidée par la Cour est la suivante :

" Les intimés ont-ils droit à un dividende sur le plein " montant de leur créance telle qu'elle existait à la date " de la production de leur réclamation, le 22 avril 1882, " $19,139.83, ou l'appelant doit-il être reçu à ne payer ce " dividende que sur cette somme de $19,139.83, déduction " faite en tout ou en partie, de celle de $10,166.24, réalisée " depuis par les intimés, à même les valeurs qu'ils avaient " en mains comme garantie collatérale ? "

Observations de l'appelant.

Il est admis que les intimés avaient en gage des marchandises et des billets promissoires ; ils ont vendu les marchandises et collecté une partie des billets déposés entre leurs mains et ont, par ce mode de réalisation du gage, reçu la somme mentionnée dans l'exposé de faits qui précède.

L'article 1969 de notre Code dit que : " Le gage confère " au créancier le droit de se faire *payer* sur la chose qui " en est l'objet, par privilège et préférence aux autres " créanciers.

Lorsque le gage est insuffisant pour acquitter toute la dette, celle-ci n'est garantie que jusqu'à concurrence de la valeur du gage et le surplus demeure dette ordinaire. Cette proposition légale est formellement reconnue dans la disposition de " l'Acte de Faillite " de 1875 (sect. 106), qui oblige le créancier possédant des garanties collatérales de la part du débiteur à les *estimer*, et qui ne permet à ce créancier de venir à l'ordre de distribution que pour la partie non garantie, de la même manière que le créancier qui a pris une hypothèque en garantie de ce qui lui est dû, devient créancier ordinaire pour le surplus, quand il n'a pu être colloqué pour la totalité de sa créance sur le montant réalisé par l'immeuble hypothéqué.

Le gagiste n'a pas plus le droit de se présenter à l'ordre de distribution du produit des autres biens du débiteur pour le montant originaire de sa créance après avoir réalisé le gage, que le créancier hypothécaire ne peut le

1869. Thibaudeau & Benning.

faire, après avoir été colloqué en vertu de son hypothèque, sur les deniers réalisées par la vente de l'immeuble hypothéqué.

La prétention émise en Cour Supérieure par les intimés, que le gagiste a le droit de *garder en dépôt* les deniers réalisé par le gage, sans les imputer en réduction pour autant de sa créance, est un paradoxe qui est réfuté par les articles 1971 et 1974 de notre Code. Le premier de ces articles déclare que le créancier gagiste non payé, a le droit de faire saisir et faire vendre l'objet engagé et d'*être payé* par préférence sur les deniers prélevés ; ces deniers sont donc reçus à titre de paiement et non à titre de dépôt. Le paragraphe de cet article, donné comme droit nouveau, n'a son application que lorsque le créancier consent à garder la chose engagée en paiement entier de sa créance, sinon il doit la faire vendre pour se *payer* par préférence et jusqu'à concurrence sur le produit. La règle reste la même, lorsque l'objet engagé a été vendu volontairement et du consentement du débiteur comme dans le cas actuel, sans que la vente ait été faite en justice. Dans le cas de la vente volontaire comme dans le cas de la vente judiciaire, le créancier gagiste n'a qu'un droit préférentiel, celui d'*être payé* sur les deniers prélevés.

L'article 1974 déclare que les intérêts ou revenus de la chose engagée doivent être imputés en déduction de la créance garantie et non pas *tenus en dépôt*. Troplong, Gage, Nos. 414, 415, 437, 441.

Sur le présent appel, sans abandonner absolument la position prise par les intimés en Cour Inférieure sur la question que nous venons de discuter, ils paraissent cependant n'y attacher que peu d'importance pour concentrer leurs efforts sur la proposition légale dont nous allons maintenant parler, savoir qu'un créancier qui a un recours solidaire contre plusieurs débiteurs peut réclamer pour le plein montant de sa créance dans le cas de faillite de l'un ou de tous les débiteurs, même lorsqu'il a reçu de l'un d'eux une partie de sa créance.

Sans entreprendre de combattre cette proposition quand elle peut avoir son application nous nous contentons

dans la présente instance de soutenir qu'elle doit être restreinte au cas où le créancier a plusieurs débiteurs solidaires, mais qu'elle n'a aucune application au cas d'un débiteur ayant donné *sur ses propres biens* une garantie à un créancier. En principe, un créancier ne peut pas venir *deux fois* à l'ordre de distribution sur les biens du même débiteur. Il est impossible de donner une autre interprétation à l'article 1981 de notre Code.

Les intimés réfèrent au Code de Commerce français, aussi bien qu'aux différents actes de faillite qui nous ont régis pendant quelques années ; nous nous appuyons sur les mêmes actes de faillite pour démontrer la fausseté de la prétention des intimés. Les sect. 84 et 85 de l'Acte de Faillite de 1875, obligeant le créancier qui tenait du *débiteur lui-même* des garanties pour sa créance, d'estimer ces garanties, et il ne pouvait venir à l'ordre que déduction faite sur sa créance du montant de cette estimation. N'était-ce pas là déclarer formellement qu'un créancier ne pouvait pas venir deux fois à la distribution des biens du débiteur ?

Sous l'Acte de Faillite, même avant d'avoir réalisé le gage et conséquemment avant d'être payé à même le produit de ce gage, le créancier était tenu de réduire sa créance jusqu'à concurrence de la valeur estimée du dit gage. Sous le droit commun nous admettons que le créancier n'est pas tenu à évaluer ce gage s'il n'est pas encore réalisé lorsqu'il se présente pour être payé à même les biens du débiteur, mais nous répétons que si le gage a été réalisé, les deniers en provenant, étant reçus par le créancier à titre de paiement, il ne peut se présenter à l'ordre de distribution *des autres biens* du débiteur que pour la balance de sa créance.

Les décisions bien connues, citées par les intimés, avaient en vue des cas où le créancier avait reçu des à-comptes d'autres personnes que le débiteur, obligées conjointement et solidairement avec lui, ce qui n'est pas le cas dans notre instance.

Nous ferons remarquer, en passant, que ces décisions sont loin d'être à l'abri de la critique et que dans tous les

1889.
Thibaudeau & Benning.

cas, si elles sont justifiées par l'Acte de faillite alors en force, elles ne seraient certainement pas fondées sous le droit commun ; d'ailleurs elles contredisent les nombreuses citations d'autorités et de décisions faites par les demandeurs, basées sur des lois étrangères.

Dans les deux causes citées, il a été décidé que le créancier était tenu de déduire ce qu'il avait reçu même *d'un autre créancier solidaire*, mais se basant sur une loi spéciale (l'Acte de Faillite), il a été décidé dans chacune de ces causes, que cette obligation de déduire les à-comptes reçus des autres débiteurs solidaires, n'avait lieu que pour les à-comptes reçus avant la preuve et l'assermentation de la réclamation ; cette loi spéciale étant disparue, l'exception disparait avec elle et conséquemment aujourd'hui, même dans le cas d'à-comptes payés par un autre débiteur solidaire, il faudrait toujours en tenir compte, parce que sous le droit commun et surtout dans le cas d'une réalisation volontaire des biens du débiteur, la preuve et l'assermentation de la réclamation n'existe plus ; *cette déduction peut toujours être exigée et doit toujours être faite jusqu'à paiement du dividende.*

La section 87 du dernier Acte de faillite fait une distinction formelle entre les à-comptes payés par des tiers et ceux provenant des sûretés collatérales venant du failli ; *except in cases of deduction of the proceeds or of the value of his security, as hereinbefore provided*, dit cette section, en rapport aux à-comptes reçus depuis la preuve et la production de la réclamation.

D'ailleurs encore une fois cette distinction est oiseuse ; les causes citées et les autorités étrangères invoquées par les demandeurs ne s'appliquent pas au cas du créancier qui a été payé de partie de sa créance *à même les biens de son débiteur* qu'il tenait en gage, *il est payé, bien et dûment payé d'autant* et il ne demeure créancier que pour la balance.

En première instance, les prétentions de l'appelant furent maintenues en entier ; en Révision, les principes contenus plus haut furent appliqués au prix des marchandises mises en gage, mais une distinction fut faite relativement

aux billets promissoires, distinction certainement mal fondée.

Les billets avaient été donnés en gage, comme les marchandises, pour une créance qui existait déjà ; Marcotte, en endossant les billets en faveur des intimés afin de les leur transporter et les mettre en gage, ne contractait pas une nouvelle dette ; il n'est donc pas exact de dire que Marcotte était conjointement et solidairement responsable sur ces billets comme débiteur au même dégré que Moodie ; la meilleure preuve est dans le fait que le montant de ces billets excède de plusieurs mille piastres celui de la dette garantie par le gage et qu'aucun des dits billets ne paraît avoir été protesté.

Il est bon de remarquer que ce qui est appelé *dividende*, dans le cours de cette discussion, est improprement appelé de ce nom. Ni l'appelant, ni aucun créancier ne pouvait, hors de Cour, contester cette réclamation. Dans le but de saisir les tribunaux du litige, il a établi la *proportion revenant* aux différents créanciers de Marcotte; il a réservé un montant égal au percentage établi, pour couvrir la réclamation des intimés telle que formulée ; il a payé les autres créanciers, mais il s'est refusé de payer les intimés ; ceux-ci ont porté la présente action pour faire décider la question.

Observations des intimés.

Massé, Droit Commercial et Droit Civil, vol. 3, No. 2021, après avoir dit que sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, les opinions étaient partagées et après avoir cité les opinions de Savary, Dupuy de la Serra, Boutaric, Jousse et Pothier, ajoute : " Aussi le commerce, préoccupé des " nécessités du crédit et des dangers auxquels l'exposait " un système qui limitait le recours du porteur contre ses " débiteurs faillis, réclama-t-il vivement contre l'usage " s'était introduit à la suite de la doctrine et de la juris- " prudence. La question fut donc de nouveau vivement " agitée entre des commerçants et des jurisconsultes ; et " de cette discussion, dont on retrouve les traces dans le " recueil de Nicodème, il résulta que la faillite des divers

1889. Thibaudeau & Benning.

" co-obligés ne pouvait paralyser les effets de la solidarité " et que le porteur d'une lettre de change, dont les divers " signataires étaient en état de faillite, avait le droit de " figurer successivement dans toutes les masses, sans dé- " duction des dividendes qu'il avait perçus, et jusqu'à " parfait paiement.

" Entrainé par ce revirement dans la pratique, le Parle- " ment de Paris revint sur son ancienne jurisprudence, " et par arrêt du 18 juin 1776, il décida que le porteur " d'engagements solidaires avait le droit de figurer dans " toutes les faillites des co-obligés pour la valeur inté- " grale du titre jusqu'à parfait paiement.

" Par une coïncidence singulière, le Parlement d'Aix " rendait le même jour, 18 juin 1776, sur la plaidoirie " d'Emérigon, qui nous en a conservé le souvenir, un arrêt " en sens contraire, jugeant que le porteur qui était entré " dans le concordat de l'un des co-obligés, ne pouvait " entrer dans les autres que successivement et pour ce " qui lui restait dû. Mais sur le pourvoi du porteur cet " arrêt fut cassé par un arrêt du Conseil du 24 février " 1778, qui fut lui-même confirmé par un second arrêt du " 23 octobre 1781, portant rejet de la requête en opposi- " tion dirigée contre le premier.

" C'est cette jurisprudence qui a été sagement main- " tenue par le Code de Commerce."

Voir comme faisant suite à ce qui précède le No. 2023 du même auteur rapporté dans les notes de l'Hon. juge Jetté, M. L. R., 2 S. C. 338.

Dalloz, Rep. de Jurisp. Vo. Faillite, No. 993. "..... " Un arrêt du Parlement de Paris, du 18 juin 1776, accor- " dant tous les effets de la solidarité, décida que le cré- " ancier avait droit de figurer dans chaque faillite pour " la totalité du titre, jusqu'à ce qu'il eût reçu son entier " paiement, et un arrêt du Conseil, rendu le 24 février " 1778, cassa une décision que le Parlement d'Aix avait " rendu en sens contraire à celle du Parlement de Paris, " par arrêt du 18 juin 1776 sur la plaidoirie d'Emérigon. " (Contrat à la grosse, chap. 10, sect. 3). Sur l'opposition " formée contre l'arrêt du Conseil, un second arrêt, du 23

1889.

Thibaudeau & Benning.

" octobre 1781, maintint sa jurisprudence. Le Code de " Commerce fut rédigé pendant que la jurisprudence était " dans cette situation, et son art. 534 fut écrit dans le sens " des arrêts rendus par le Conseil en 1778 et 1781.— " Aussi malgré l'ambiguité de cet article, qui était ainsi " conçue : ' Le créancier, porteur d'engagements solidaires " entre le failli et d'autres co-obligés qui sont en faillite, " participe aux distributions dans toutes les masses jus- " qu'à parfait et entier paiement,' MM. Vincens, t. 4, " p. 521; Pardessus, No. 1211; Locré, t. 7, p. 33, et suiv.; " Boulay-Paty, Nos. 381 et 382; et nous-mêmes, t. 8, p. " 196, avions considéré le créancier comme ayant le droit " de se présenter dans chaque masse pour la *totalité de sa* " *créance* quels que fussent les dividendes partiels qu'il " eût précédemment obtenus, et cela jusqu'à parfait paie- " ment. Par application de cet article, il avait été jugé " ainsi que le porteur d'effets de commerce, qui avait été " payé, en partie, par l'un des débiteurs solidaires de ces " effets, pouvait s'adresser à la faillite de l'autre pour la " totalité de sa créance, mais de manière cependant qu'il " ne pût recevoir au-delà de ce qui lui était dû ; que s'il " avait été passé un concordat avec le failli, il pouvait " également dans les mêmes cas et sous les mêmes con- " ditions, réclamer le dividende convenu sur la totalité " de sa créance : — ' La Cour, attendu que l'art. 534 c. " comm., spécial pour la matière, autorise le créancier " porteur de lettres de change, qui a plusieurs débiteurs " solidaires en état de faillite, à se remplir de l'intégralité " de sa créance, en se présentant pour la totalité de ce " qui lui est dû dans chaque masse de ses débiteurs faillis, " jusqu'à ce qu'il ait obtenu son parfait et entier paie- " ment ; et que l'arrêt attaqué (de la Cour de Douai) n'a " fait que se conformer à cet article qui justifie suffisam- " ment sa décision ; rejette ' (Rej. ; 24 janvier 1817, MM. " Brisson, pr., Boyer, rap. ; Jourde, c. conf. ; aff Leblond). " Le nouvel article 542 a fait disparaître toute équivoque, " en autorisant le créancier à venir dans chaque faillite

1889. Thibaudeau & Benning.

" pour la *valeur nominale* de son titre jusqu'à parfait paie-
" ment."

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, 1862, 2ème partie, p. 121. " L'article 542, Cod. Comm.; aux termes " duquel le créancier porteur d'engagements souscrits, " endossés ou garantis solidairement par un failli et " d'autres co-obligés également en faillite, participe aux " distributions dans toutes les masses, et figure pour la " valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement, " est applicable alors même que tous les co-obligés soli- " daires ne sont pas en faillite. Il suffit qu'un ou plu- " sieurs d'entre eux s'y trouvent.

" Le créancier porteur d'engagements solidaires entre " un failli et d'autres co-obligés qui ne sont pas en faillite, " et qui, depuis la faillite, a reçu un à-compte des co-obli- " gés, doit être compris dans les distributions pour la va- " leur nominale de son titre, sans qu'il y ait lieu de faire " déduction de cet à-compte : ici ne s'applique pas la dis- " position de l'article 544, Cod. Comm.; relativement à la " déduction des à-comptes payés avant la faillite."

Ibidem, p. 397. " Le créancier qui, *depuis* la faillite, a " reçu de la caution, la portion de créance garantie par " celle-ci, dont néanmoins, dans la répartition des divi- " dendes fixés par le concordat, être compris pour la va- " leur de sa créance entière telle qu'elle a été admise au " passif de la faillite."

Duranton, t. 11, No. 228, où l'on trouve la même doctrine exposée avec beaucoup de force et une réfutation de Savary, Jousse, Boutaric, Pothier et LaSerra.

Les articles 1107 et 1108 de notre Code Civil, correspondant aux articles 1203 et 1204 du Code Napoléon, sont copiés à peu près textuellement de ces derniers articles et sous les uns comme sous les autres les droits du créancier contre les co-obligés solidaires sont absolument les mêmes. Soit parce que, comme le dit Larombière, les co-obligés solidaires sont tous ensemble considérés, à l'égard du créancier comme ne faisant qu'un seul et unique débiteur, ou encore comme le prétend Massé, à raison des effets du paiement sous forme de dividende, qui, si le dividende

n'était calculé que sur ce qui reste dû après le paiement d'un premier dividende, ne pourrait jamais constituer un paiement intégral, les autorités, d'accord en cela avec la jurisprudence, sont, sauf Demolombe, unanimes à reconnaître même en matière purement civile, le droit du créancier, porteur d'engagements solidaires, de figurer, jusqu'à parfait paiement, pour la pleine valeur de son titre à l'époque de la déconfiture dans la distribution des biens de chacun de ses co-débiteurs. Demolombe, tout en exprimant son dissentiment en ce qui a rapport aux affaires purement civiles, admet qu'il en doit toujours être ainsi en matière commerciale, et il en donne pour raison que dès l'instant où une faillite est déclarée, le créancier a un droit acquis à la somme qu'elle pourra donner d'après le résultat de la liquidation, les droits de chacun étant désormais inviolablement fixés d'après le *statu quo* au moment où la faillite a été déclarée. Or, dans l'espèce, comme il ne s'agit que d'effets de commerce, les demandeurs ont en leur faveur l'unanimité des auteurs.

L'appelant persiste à dire que dans l'espèce il ne s'agit pas de débiteurs solidaires, mais simplement d'un gage donné par Marcotte aux intimés sur ses biens. Il n'en est pourtant rien. Les intimés avaient comme débiteurs solidaires, et Marcotte et Moodie ; Moodie était responsable comme faiseur des billets transportés aux intimés, et Marcotte était également responsable pour le plein montant non-seulement comme endosseur des billets de Moodie, mais encore comme étant lui-même prometteur sur les billets qui ont fait la base de la réclamation des intimés.

Il ne s'agit pas non plus d'un gage donné par Marcotte sur ses propres biens, puisque le montant en question réalisé par les intimés a été ainsi réalisé sur et à même les biens de Moodie en vertu des billets signés par ce dernier et transportés aux intimés comme dit ci-dessus.

Il parait avoir échappé à l'attention de la Cour de Révision que les $490 qu'elle force les intimés à déduire de leur réclamation, n'avaient été réalisés par ces derniers que postérieurement au 13 juillet 1882. Il semble que le dividende étant devenu payable à cette époque, l'appelant

1889.

Thibaudeau & Benning.

n'a pu en en contestant le paiement aux intimés, améliorer sa position au préjudice de ces derniers.

DORION, CH. J. (for the Court):—

This is a case in which the respondents, plaintiffs in the Court below, claim to be paid out of the monies, in the hands of the appellant, belonging to the insolvent estate of Alphonse Marcotte, a dividend on the face amount of their claim, without deducting therefrom a sum of $10,166.24 which they have already realized from certain goods and effects and promissory notes which they held as collateral securities for their debt.

The Superior Court ruled that the respondents were only entitled to obtain a dividend on the balance of their claim, after crediting what they had received out of the collateral securities which they held; but the Court of Review, adjudging that the respondents were only bound to deduct from their claim a sum of $490 which they had realized upon goods and merchandise which had been pledged to them by Marcotte, and that they were not obliged to give credit for the sum of $9,676.24 which they had received on account of the promissory notes of one William Moodie, reversed the judgment of the Superior Court, and condemned the appellant to pay to the respondents a sum of $2,331.28, being a dividend of twelve and a half cents on $18,649.88, balance of their claim after deducting the $490 above mentioned.

Both parties have united in one factum, and the case comes before us on a simple question of law, the facts being admitted and clearly stated in the factum.

They are as follows:—Adolphe Marcotte, a trader doing business with the respondents, and being indebted to them for a considerable sum, placed in their hands a quantity of goods and merchandise, and certain promissory notes, principally those of one Moodie, which he transferred to them by endorsement, the whole as collateral security for his debt.

Both Marcotte and Moodie failed. By a voluntary assignment, Marcotte placed his estate in the hands of the

appellant to be realised for the benefit of his creditors. On the 22nd day of April, 1882, the respondents filed with the appellant their claim against Marcotte amounting to $19,139.28. Subsequently the respondents realized $490 on the goods they had in their hands, and $9,676.24 on the notes of Moodie which had been transferred to them by Marcotte.

The appellant having realized the estate of Marcotte, prepared a dividend of twelve and a half per cent. This dividend on the claim filed by the respondents amounted to $2,392.49. The appellant refused to pay this sum, unless the respondents reduced their claim by the amount of $10,166.24 which they had realized from their collateral securities since they had filed their claim, which would reduce their dividend to $1,121.69,—whereupon the respondents brought their action for the $2,392.49, amount of dividend on the whole of their claim, as existing when they filed it with the appellant.

This raises another question somewhat similar to the one we have disposed of in the case of the *Ontario Bank & Chaplin*, which we have just decided. (1) The difference between this case and the one of the Ontario Bank is: 1st. That in this last case the estate of the Exchange Bank was wound up under the Winding up Act of 1882 (45 Vict., ch. 23), and the proceeds were subject to the dispositions of that Act. In the present case the estate of Marcotte was realized by a voluntary assignment, and the assets are therefore to be distributed under the rules of the common law—just as if they had been realized by sheriff's sale, and the monies were to be distributed by the Court.

A second difference is, that in the Ontario Bank case, the notes on which the Bank claimed had actually been transferred by the Exchange Bank for value received, while in the present case the notes of Moodie were transferred to the respondents as collateral security for Marcotte's debt.

A third difference is, that in the Ontario Bank case the

(1) *Ante* p. 407.

1889.
Thibaudeau & Benning.

Bank received the dividends on the notes of Hyde, Turcotte & Co. before they filed their claim with the liquidators of the Exchange Bank, while in this case the respondents sold the goods and merchandise, and received the dividends on Moodie's notes after they had filed their claim with the appellant.

We have held in the case of the *Ontario Bank & Chaplin* that whatever might be the rule in France, under the Code de Commerce, or in England under their insolvent and bankrupt laws, or in Scotland under their jurisprudence, the creditor who was paid a portion of his claim, under our common law, can only claim the balance due after deducting what he had so received whether from the debtor himself or from any other joint and several debtor liable with him. Applying this rule to the present case, it is clear that the respondents cannot claim to be paid a dividend on the whole amount of their claim, without first deducting what they have received on account of it, and it matters not at what time they have so received the sums on account, provided it is before the distribution of the assets of the estate on which the claim is made.

In the present case, the property of Marcotte has been disposed of under a voluntary assignment made according to the principles of the common law, and not under any special statutory provision. The appellant is therefore bound to distribute the money to the creditors of Marcotte according to the rights which they have under the common law. We have therefore only to see how the monies in the hands of the appellant would be distributed by an order of the Court if they had been deposited in Court.

There can be no doubt that in that case the respondents would have to deduct from their claim all sums they had received up to the time of the adjudication on their claim. The authorities cited in the case of the *Ontario Bank & Chaplin* have in our opinion conclusively established that as being our common law rule.

The judges sitting in review did not dissent from this

general proposition, for they have by their judgment deducted from the amount of the respondents' claim the sum of $490, which they have realized by the sale of goods and merchandise placed in their hands as collateral security by Marcotte, although the goods were only sold and the price received after they had filed their claim with the appellant. The respondents themselves do not seriously contest the application of this rule to the monies they have received for the goods they have sold. They insist, however, that a different rule must prevail as to the monies received on the notes transferred by Marcotte, and the Court of Revision, distinguishing between the pledge of goods and the pledge of negociable instruments, as security for an existing debt, have held that the respondents were bound to credit on their claim the amount received from the one, and not those received from the other.

In their judgment, they say: "Attendu que la Cour "de première instance faisant indistinctement l'applica- "tion des règles du gage au transport de billets compor- "tant responsabilité solidaire de plusieurs obligés, et à "remise à titre de gage de certaines quantités de mar- "chandises, a déclaré que les sommes réalisées par les "demandeurs, tant par la vente des marchandises que "par la perception des billets transportés, devraient être "déduites de la réclamation des demandeurs, vu que la "réalisation du gage, à quelque moment qu'elle se pro- "duise, a pour résultat nécessaire l'extinction '*pro tanto*' "de la créance garantie, et maintenant en conséquence, "la prétention du défendeur, n'a permis aux demandeurs "de réclamer leur dividende que déduction faite de la "somme réalisée, réduisant ainsi la demande à $1,121.69;

"Attendu qu'il y a erreur dans cette assimilation du "gage et du transport de titres comportant responsabilité "solidaire de plusieurs personnes, les conséquences juri- "diques de ces deux stipulations étant nécessairement "différentes: le gage ne donnant qu'un recours limité à "la chose qui en est l'objet, tandis que le transport de "titres comportant obligation solidaire assure au porteur

1880.
Thibaudeau & Benning.

"un recours absolu contre chacun des obligés, pour la "totalité de la somme représentée par le titre, de manière "à lui garantir son paiement intégral."

Even if Moodie and Marcotte had been jointly and severally liable for the amount of these notes, the respondents could not receive a dividend, except on the balance of their debt. But the notes of Moodie were not transferred by Marcotte to the respondents for value received. They were transferred, as collateral security of a debt, for which they held his own notes. These notes of Moodie did not represent the indebtedness of Marcotte, since it appears by the admissions filed that they exceeded the amount due by Marcotte, and although Marcotte endorsed Moodie's notes, it is evident, he could not have been sued by the respondents for the amount of these notes jointly and severally with Moodie, otherwise he would have been sued for more than he really owed. The transfer of these notes, by the endorsement of Marcotte, gave the respondents the right to recover the full amount of those notes from Moodie subject to their liability to account to Marcotte for any excess received over their claim, and this is precisely the question decided in the case *Ex parte Newton*, *Ex parte Griffin* and *Ex parte Bunyard*, L. R., 16 Chancery Div., p. 330 to 337, which respondents have cited in their factum, as being conclusive in their favour, but which in fact has no application to the present case. The question there was whether the secured creditor could prove against the surety for the amount of the bill of exchange the latter had accepted, and there could be no doubt about it; the only difficulty there seems to have arisen from the fact that the acceptance of the bills was for the accommodation of the drawer; but the question whether the creditor could have proved against his debtor for the sum of £300 sterling while the debtor only owed £240 6s. 8d. sterling, never came up in that case, and would have received a very different solution if it had.

Marcotte owed to the respondents the amount of his own notes, which represented his liability to them and

upon which he could have been sued. The notes of Moodie, which he transferred to the respondents, exceeded his liability, they were only transferred as security for the payment of his own notes, and although they were endorsed by him, the respondents holding them as collateral security could not sue him upon these notes, for they did not represent his indebtedness to them, and he was not jointly and severally liable with Moodie for their payment. The respondents have, in effect, acknowledged that in this case, since they have not based their claim on Marcotte's endorsement of Moodie's notes, but upon Marcotte's own notes. There is no foundation for the distinction, which the Court of Review have attempted to make between a pledge of chattel property and a pledge of negociable securities, based on the pretended joint and several liability of the pledgor who has endorsed such negociable securities, since there is no such joint and several liability, on the part of the pledgor, as regards the pledgee, whatever might be his liability towards a third party receiving the notes in good faith.

There also can be no doubt that the respondents, whose claim was secured by Moodie's notes, could neither under the Scotch law, the English law, the modern French Code of Commerce, Art. 546, nor under section 65 of the 45 Vict., ch. 23 of the Statutes of Canada, claim to be paid a dividend on Marcotte's estate, without first deducting the value of their security, or what they had realized therefrom, and it must *a fortiori* be so, when the claim is made and the distribution takes place, under the common law which provides that every payment to a creditor extinguishes *pro tanto* the amount of his claim.

We are therefore of opinion that the judgment of the Court of Review must be reversed, and the judgment of the Superior Court restored, with a slight modification as to the $490 which were only received by the respondents after the appellant had prepared his dividend sheet. This modification is in accordance with the admissions made by the appellant.

The costs in the Superior Court to be against the appel-

1889.
Thibaudeau & Benning.

lant, and those in review and in this Court against respondents.

The judgment in appeal is as follows:—

"La Cour, etc.....

"Considérant qu'il a été admis par les parties, dans le factum conjoint qu'ils ont produit en cette cause, que, le 18 février 1882, Alphonse Marcotte, commerçant, étant devenu insolvable, a fait une cession de ses biens à l'appelant, défendeur en Cour de première instance, pour en diviser le produit entre les créanciers du dit Alphonse Marcotte, en proportion du montant de leurs créances respectives; qu'à l'époque de la cession et le 22 avril 1882, jour où les intimés ont produit à l'appelant leur réclamation attestée, Marcotte leur devait une somme de $19,139.83; que l'appelant, après avoir réalisé partie des biens de Marcotte, a préparé un bordereau de dividende, accordant à chaque créancier 12½ p. c. du montant de leur créance, ce qui donnait aux intimés une somme de $2,392.49 qui, aux termes du bordereau, devait être payée le 13 juillet 1882; que l'appelant ayant refusé de payer cette somme aux intimés, ceux-ci ont porté la présente action, pour recouvrer cette somme de $2,892.49, avec intérêt à compter du 13 juillet 1882;

"Considérant que l'appelant a plaidé à cette action que Marcotte, avant sa faillite, avait transporté aux intimés des billets et marchandises, à titre de gage et de sûreté additionnelle, pour une somme considérable, et qu'en tenant compte des sommes qu'il leur avait payées, des billets et marchandises qu'il leur avait transportés, des marchandises qu'il leur avait remises, et du montant réalisé sur ces billets et marchandises, leur créance se trouvait éteinte;

"Considérant qu'il est admis, dans le factum conjoint des parties, que la créance des intimés contre Marcotte était de $19,139.83, lorsqu'ils ont produit leur réclamation à l'appelant, le 22 avril 1882, sur laquelle créance ils ont été colloqués, par la distribution faite le 12 juillet 1882, pour la somme de $2,392.49;

"Mais considérant qu'il est également admis, par les

parties, que les intimés ont reçu et réalisé, depuis le 22 avril 1882 au 13 juillet 1882, sur ou à même les billets qu'ils avaient reçus de Marcotte, pour assurer le paiement de leur créance, une somme de $9,427.33, et qu'ils ont de plus reçu sur ces mêmes billets, après le 13 juillet 1882, une autre somme de $248.91, et enfin celle de $490, réalisée après le 13 juillet 1882, par la vente de marchandises que Marcotte leur avait remises, comme sûreté additionnelle de leur créance ;

"Et considérant que par le transport que Marcotte a fait aux intimés, des billets et marchandises ci-dessus mentionnés comme sûreté collatérale ou additionnelle de leur créance déjà représentée par les billets que Marcotte leur avait donnés, les intimés sont devenus nantis des dits billets et marchandises à eux transportés par Marcotte, à titre de gage, et qu'ils ont acquis sur les dits billets et marchandises et ce qui en serait réalisé, un privilége de gagistes ou droit d'être payés de leur créance par préférence aux autres créanciers du dit Marcotte, conformément aux articles 1969 et 1974 du Code Civil, et article 610 du Code de Procédure Civile ;

"Et considérant que depuis l'expiration de la loi de faillite de 1875, la distribution du produit des biens d'un débiteur, qu'il soit en déconfiture ou en faillite, doit se faire conformément aux règles établies par le Code de Procédure, et celles du droit français en force avant la cession du pays, et suivies, depuis, tant dans la distribution des biens des commerçants que des non-commerçants, et non d'après les dispositions spéciales décrétées par l'Acte des Faillites de 1875, qui n'étaient plus en force lors de la faillite de Marcotte, ni d'après les règles établies par le Code de Commerce français, qui n'ont jamais été suivies en cette province ;

"Et considérant que tout paiement fait par un débiteur à son créancier a pour effet d'éteindre *pro tanto* la créance de celui à qui le paiement a été fait (Art. 1138, C. C.) ;

"Et considérant que, lors de la distribution faite par l'appelant, le 13 juillet 1882, des deniers provenant de la vente des biens de Marcotte, la créance des intimés qui

1889. Thibaudeau & Benning.

était de $19,139.83, le 22 avril 1882, avait été réduite à celle de $9,712.50, après déduction de celle de $9,423.33 que les intimés avaient reçue, sur les billets qui leur avaient été remis en mains par Marcotte, à titre de gage, pour garantir le paiement de leur créance;

"Et considérant que les intimés n'avaient droit de concourir dans la distribution faite par l'appelant des deniers provenant de la vente des biens de Marcotte que pour ce qui leur restait dû, lors de la distribution faite le 13 juillet 1882, c'est-à-dire, pour la somme de $9,712.50, et non pour le montant de leur créance à l'époque où ils ont produit leur réclamation, et que par application des articles 751 du C. P. C., et des articles 1980 et 1981 du C. C., l'appelant était en droit de contester la réclamation des intimés pour toute cette partie d'icelle qui excédait la dite somme de $9,712.50, et de retenir entre ses mains, pour être distribuée ultérieurement, toute cette partie de la collocation des intimés qui excédait ce qu'ils avaient droit d'avoir sur cette somme de $9,712.50;

"Et considérant que nulle loi n'obligeant les intimés à estimer la valeur des gages qu'ils pouvaient avoir en leur possession, à l'époque où la distribution du 13 juillet 1882, a eu lieu, la collocation des intimés devait être basée sur le montant de leur créance telle qu'elle existait lors de la dite distribution, c'est-à-dire, sur la somme de $9,712.50;

"Et considérant qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant en Révision, en ce qu'elle a adjugé que les intimés devaient être colloqués sur le montant entier de leur créance, à l'époque de la production de leur réclamation, sans déduction aucune des sommes qu'ils avaient reçues depuis cette production et avant le 13 juillet 1882, date de leur collocation;

"Et considérant que lors même que les billets transportés par Marcotte aux intimés, pour garantir le paiement de leur créance, n'auraient pas été de la nature d'un gage donné par un débiteur à son créancier, mais que le transport de ces billets fait par endossement aurait créé une obligation solidaire entre le signataire des billets et

1889.

Thibaudeau & Benning.

Marcotte, l'endosseur, les intimés n'auraient pu entrer dans la distribution des biens de Marcotte que déduction faite de ce qu'ils avaient reçu à l'époque de cette distribution, et pour ce qui leur restait de leur créance ;

"Et considérant qu'il y a erreur, tant dans le jugement de la Cour Supérieure siégeant en Révision, à Montréal, le 28 septembre 1886, que dans celui de la Cour de première instance, savoir, le jugement rendu par la Cour Supérieure, à Montréal, le 8 d'avril 1885, qui ont adjugé que la somme de $490 reçue par les intimés, après le 13 juillet 1882, du produit de marchandises qu'ils avaient en gage, devait être déduite du montant de leur créance ;

"Cette Cour infirme les dits deux jugements de la Cour Supérieure, siégeant tant en première instance que comme Cour de Révision, et procédant à rendre le jugement que la dite Cour Supérieure aurait dû rendre, adjuge et déclare que les intimés n'ont droit d'être colloqués sur les biens distribués par l'appelant, le 13 juillet 1882, que sur la somme de $9,712.50, balance restant alors due sur leur créance, après déduction des sommes qu'ils avaient reçues depuis la production de leur réclamation, ce qui, à raison de 12½ par cent, leur donne le droit d'être colloqué pour la somme de $1,155.50, au lieu de celle de $1,121.69 accordée par le jugement rendu en Cour de première instance, et au lieu de celle de $2,331.23 accordée par le jugement rendu en révision, et cette Cour condamne l'appelant à payer aux intimés la dite somme de $1,155.50 avec intérêt sur icelle, à compter du 13 juillet 1882, et les dépens en Cour de première instance, et condamne les intimés à payer à l'appelant les dépens encourus, tant en Cour de Révision que sur cet appel, les dépens en Cour d'Appel à être taxés comme dans une cause de première classe."

Judgment reversed.

Geoffrion, Dorion, Lafleur & Rinfret, for appellant.

Béique & Turgeon, for respondents.

(J. K.)

November 27, 1888.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

WILLIAM PLENDER,
(*Petitioner in Court below*),
APPELLANT;

AND

WILLIAM FITZGERALD ES QUAL.
(*Respondent in Court below*),
RESPONDENT.

Quantum Meruit—Remuneration of Liquidator—Petition for Discharge.

HELD:—1. That the Court, in taxing the remuneration of a liquidator to an insolvent company, will take into consideration the nature of the services rendered; and where it appeared that the services for the most part were such as might have been performed by any ordinary competent book-keeper, it was held that $7 per day was an adequate remuneration.

2. Where the liquidator petitioned for his discharge as liquidator, and it appeared that he had appropriated to himself, from the funds received, an amount exceeding the remuneration fixed by the Court, and the evidence did not disclose the exact amount in which he was indebted to the estate, the Court refused to grant his discharge, without fixing any amount to be paid by him as a condition of obtaining his discharge.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (GILL, J.), June 18, 1888.

The appellant Plender was acting as provisional liquidator of the Briton Medical and General Life Association, and after being superseded by the respondent, who is the superintendent of insurance for the Dominion of Canada, Plender presented a petition praying that an accountant be named to examine his accounts as provisional liquidator, and report without delay, and that thereupon his remuneration be fixed and he be discharged. By order of Mr. Justice Jetté, the present respondent was appointed to make the examination. Plender claimed for 219

days' services, of eight hours each day, at the rate of three and a half guineas per day, making for the whole time $3,916.81. The respondent's report stated, among other things, that the sum of $1,946.65, already drawn by appellant, was largely in excess of the sum to which he was fairly entitled. Evidence was adduced, and the judgment now appealed from was rendered by Mr. Justice Gill, in the following terms :—

"The Court, having heard the witnesses in open court and the argument of counsel, on the part of the petitioner and of the liquidator on the merits of the petition filed by the said William Plender, praying that his remuneration for having acted as provisional liquidator in this matter, be fixed, and that his discharge in that behalf be granted to him, examined the proceedings and documentary proof of record, and on the whole deliberated :

"Whereas, by a judgment rendered by this Court on the 20th day of November, 1886, William Plender, the petitioner, then just out from England, was appointed provisional liquidator to the above named Life Association, in lieu of J. B. M. Chipman, who had resigned, and that the petitioner acted as such up to the 29th of July, 1887, when William Fitzgerald, Esq., of Ottawa, Government Insurance Superintendent, was appointed liquidator ;

"And whereas the said Wm. Plender has furnished a detailed account of cash received and paid out by him, and a statement of his operations in his said quality, together with his present petition, filed on the 19th of August, 1887, that an accountant be named to examine his said accounts, and that on said accountant's report being presented, his, the said petitioner's, remuneration be fixed and his discharge be granted, whereupon on the 23rd of August, 1887, a Judge in chambers did name and appoint the said William Fitzgerald to examine the said accounts and to report on them. And whereas the said Wm. Fitzgerald has presented his said report to this Court on the 13th day of January last, a reply to which was filed by the said petitioner on the 17th of May last,

1888.
Plender & Fitzgerald.

and on the same day a replication to said reply was filed;

"Considering it is shown by the said report and by the extracts thereto annexed and the documents filed of record, that the said William Plender, who as provisional liquidator of the affairs of the said Association in Canada, was bound to look after the interests of the Canadian policy holders, was on the contrary, on several occasions actuated by motives detrimental to said interests and favorable to other parties, he receiving instructions from one Mr. Dever of London, England, who represented the home interests in the Association, and whose object seems to have been to get possession of the Canadian assets and deposit in order that the home policy holders should benefit thereby as well as the Canadians;

"Considering the said William Plender has paid out of the money by him received in his said official capacity and forming part of the assets of the said Association in Canada, large amounts which he should not have paid, and has appropriated to himself in anticipation on his remuneration an amount in cash, exceeding his said remuneration as hereinafter fixed;

"Considering that the services which the said William Plender has rendered and the work he has done beneficial to the Association, in a Canadian point of view, consisted mainly in book-posting and book-keeping, sending notices and some correspondence and collection, all of which might have been properly attended to by an ordinary competent book-keeper, and that $7 a day, forming $1,533 for the 219 days he has been so employed, is an ample remuneration for his said services;

"Doth adopt and confirm the said report, and declare, for the reason above referred to and set out in the said report, the said petitioner is not entitled to his discharge, and doth fix the remuneration of the said William Plender, petitioner, as provisional liquidator as aforesaid, at the said sum of $1,533, and condemn the said William Plender to pay all the costs incurred on this incidental issue after the filing of the said report, *distraits*, etc."

Nov. 19, 1888.] 1888.

Plender & Fitzgerald.

Carter, for appellant:—

The judgment fixed the appellant's remuneration at $7 a day, when the evidence of record shows that the work done by him was worth a great deal more, and it has refused him his discharge without giving him an opportunity, if he was in error, of correcting such error and placing himself right. It has not ordered the appellant to return any sums of money, and yet the report of the respondent would indicate that sums of money are repayable by the appellant.

It is urged that the judgment should have granted the appellant his discharge, and have fixed his remuneration at the sum demanded, and had any sum of money been payable by the appellant, the judgment should have ordered him to pay such sum to respondent, and have suspended the appellant's discharge until he had complied with such order.

Hatton, Q.C., for respondent:—

As to the remuneration of the appellant, the respondent submits that the amount allowed by the judgment complained of, namely, $7 per day, forming a total of $1,533, is ample for the services rendered. The evidence shows that the services of a person competent to perform them could have been obtained at a salary of $1,000 per annum, or $3 per day, while the judgment complained of allows the appellant $1,533 for a period of about eight months. The appellant may be a gentleman possessing great ability as an accountant, but no great talent or ability was required in the employment which he undertook. He accepted the position of provincial liquidator of his own free will, and must be content with fair remuneration for the services rendered by him to the Canadian liquidation. He came to Canada as the representative, and in the interest of Mr. Dever, and accepted the office of provincial liquidator in the interest of that gentleman. It was not necessary for the Canadian liquidation

1888.
Plender & Fitzgerald.

to send to England for a liquidator. Finding that he could no longer advance the interest of Mr. Dever, by obtaining a release of the Canadian assets, and remitting them to England, the appellant desired to be relieved of his office, and to return to his home in England. He cannot justly expect to be paid out of the Canadian assets of the Association for services rendered to the English liquidator, nor is it just that he should be allowed credit for monies expended out of the Canadian assets for expenses incurred in the interest of Mr. Dever, the English liquidator, and against the interest of the Canadian liquidation.

In addition to fixing the remuneration of the appellant, and refusing his application for his discharge, the effect of the judgment is to declare that the appellant had overpaid himself on account for remuneration for his services, the sum of $413.65, and had improperly expended the snm of $1,749.15 out of the funds of the Association, which two sums, amounting together to the sum of $2,162.80, he is bound as an undischarged officer of the Court to pay over to the liquidator.

DORION, CH. J :—

The appellant, Plender, was appointed liquidator of the Company in the place of Chipman. Subsequently he was superseded, and the respondent, Fitzgerald, was appointed. Plender made a claim of three and a half guineas a day for his services, and the Court below, by the judgment appealed from, taxed his remuneration at $7 per day. Plender had kept more out of the funds received than the Court allowed him, and the judge, holding that he was indebted to the estate, declined to discharge him. Plender has appealed.

The first question is, whether $7 a day was a sufficient remuneration. We are of opinion that it was. It is true that other accountants come up and say that $15 or $20 a day would not be too much; but we think, taking into consideration the nature of the services performed, that the amount allowed was an adequate remuneration.

The other objection raised by the appellant is that the judgment should merely have suspended the appellant's discharge until he should pay over a sum fixed by the judgment. It appears that the Court below, upon the evidence of record, could not say exactly how much he was to pay before he should be discharged. We cannot say either; therefore it is not possible to give any other judgment than that which has been rendered by the Court below, and it is confirmed purely and simply.

Judgment confirmed.

Carter & Goldstein, attorneys for appellant.

Hatton & McLennan, attorneys for respondent.

(J. K.)

January 19, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

JOSEPH L. CARLE,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

GEORGE W. PARENT,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Sale—Agent—Quantum meruit—Commission.

The appellant charged the respondent with the sale in his behalf of certain real property, and it was agreed that he should have three months to effect a sale. A few days before the expiration of the three months the appellant exchanged the property for another, owned by his brother-in-law, receiving $4,200 to boot, and the brother-in-law sold the same property for $10,700.

HELD:—1. That the property having been alienated by the appellant before the expiration of the three months, the respondent was entitled to the usual commission of 2½ per cent. on the value obtained, although it did not appear that he had done anything to facilitate the disposal of the property.

1888.
Plender & Fitzgerald.

to send to England for a liquidator. Finding that he could no longer advance the interest of Mr. Dever, by obtaining a release of the Canadian assets, and remitting them to England, the appellant desired to be relieved of his office, and to return to his home in England. He cannot justly expect to be paid out of the Canadian assets of the Association for services rendered to the English liquidator, nor is it just that he should be allowed credit for monies expended out of the Canadian assets for expenses incurred in the interest of Mr. Dever, the English liquidator, and against the interest of the Canadian liquidation.

In addition to fixing the remuneration of the appellant, and refusing his application for his discharge, the effect of the judgment is to declare that the appellant had overpaid himself on account for remuneration for his services, the sum of $413.65, and had improperly expended the snm of $1,749.15 out of the funds of the Association, which two sums, amounting together to the sum of $2,162.80, he is bound as an undischarged officer of the Court to pay over to the liquidator.

DORION, CH. J :—

The appellant, Plender, was appointed liquidator of the Company in the place of Chipman. Subsequently he was superseded, and the respondent, Fitzgerald, was appointed. Plender made a claim of three and a half guineas a day for his services, and the Court below, by the judgment appealed from, taxed his remuneration at $7 per day. Plender had kept more out of the funds received than the Court allowed him, and the judge, holding that he was indebted to the estate, declined to discharge him. Plender has appealed.

The first question is, whether $7 a day was a sufficient remuneration. We are of opinion that it was. It is true that other accountants come up and say that $15 or $20 a day would not be too much; but we think, taking into consideration the nature of the services performed, that the amount allowed was an adequate remuneration.

1888.

Plender & Fitzgerald.

The other objection raised by the appellant is that the judgment should merely have suspended the appellant's discharge until he should pay over a sum fixed by the judgment. It appears that the Court below, upon the evidence of record, could not say exactly how much he was to pay before he should be discharged. We cannot say either; therefore it is not possible to give any other judgment than that which has been rendered by the Court below, and it is confirmed purely and simply.

Judgment confirmed.

Carter & Goldstein, attorneys for appellant.

Hatton & McLennan, attorneys for respondent.

(J. K.)

January 19, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

JOSEPH L. CARLE,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

GEORGE W. PARENT,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Sale—Agent—Quantum meruit—Commission.

The appellant charged the respondent with the sale in his behalf of certain real property, and it was agreed that he should have three months to effect a sale. A few days before the expiration of the three months the appellant exchanged the property for another, owned by his brother-in-law, receiving $4,200 to boot, and the brother-in-law sold the same property for $10,700.

HELD:—1. That the property having been alienated by the appellant before the expiration of the three months, the respondent was entitled to the usual commission of 2½ per cent. on the value obtained, although it did not appear that he had done anything to facilitate the disposal of the property.

1888.
Plender & Fitzgerald.

to send to England for a liquidator. Finding that he could no longer advance the interest of Mr. Dever, by obtaining a release of the Canadian assets, and remitting them to England, the appellant desired to be relieved of his office, and to return to his home in England. He cannot justly expect to be paid out of the Canadian assets of the Association for services rendered to the English liquidator, nor is it just that he should be allowed credit for monies expended out of the Canadian assets for expenses incurred in the interest of Mr. Dever, the English liquidator, and against the interest of the Canadian liquidation.

In addition to fixing the remuneration of the appellant, and refusing his application for his discharge, the effect of the judgment is to declare that the appellant had overpaid himself on account for remuneration for his services, the sum of $413.65, and had improperly expended the snm of $1,749.15 out of the funds of the Association, which two sums, amounting together to the sum of $2,162.80, he is bound as an undischarged officer of the Court to pay over to the liquidator.

DORION, CH. J :—

The appellant, Plender, was appointed liquidator of the Company in the place of Chipman. Subsequently he was superseded, and the respondent, Fitzgerald, was appointed. Plender made a claim of three and a half guineas a day for his services, and the Court below, by the judgment appealed from, taxed his remuneration at $7 per day. Plender had kept more out of the funds received than the Court allowed him, and the judge, holding that he was indebted to the estate, declined to discharge him. Plender has appealed.

The first question is, whether $7 a day was a sufficient remuneration. We are of opinion that it was. It is true that other accountants come up and say that $15 or $20 a day would not be too much; but we think, taking into consideration the nature of the services performed, that the amount allowed was an adequate remuneration.

The other objection raised by the appellant is that the judgment should merely have suspended the appellant's discharge until he should pay over a sum fixed by the judgment. It appears that the Court below, upon the evidence of record, could not say exactly how much he was to pay before he should be discharged. We cannot say either; therefore it is not possible to give any other judgment than that which has been rendered by the Court below, and it is confirmed purely and simply.

Judgment confirmed.

Carter & Goldstein, attorneys for appellant.

Hatton & McLennan, attorneys for respondent.

(J. K.)

January 19, 1889.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

JOSEPH L. CARLE,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

GEORGE W. PARENT,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Sale—Agent—Quantum meruit—Commission.

The appellant charged the respondent with the sale in his behalf of certain real property, and it was agreed that he should have three months to effect a sale. A few days before the expiration of the three months the appellant exchanged the property for another, owned by his brother-in-law, receiving $4,200 to boot, and the brother-in-law sold the same property for $10,700.

HELD:—1. That the property having been alienated by the appellant before the expiration of the three months, the respondent was entitled to the usual commission of 2½ per cent. on the value obtained, although it did not appear that he had done anything to facilitate the disposal of the property.

1889.
Carle & Parent.

2. That the exchange being an alienation equivalent to sale, the respondent was entitled to his commission upon the whole value, $10,700, and not merely upon the $4,200 received to boot.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal (JETTÉ, J.), June 27, 1887, maintaining the respondent's action.

The judgment of the Court below was as follows :—

"La Cour, etc.....

"Attendu que le demandeur, agent d'immeubles, se pourvoit contre le défendeur pour lui réclamer une somme de $267.50, commission ou taux de 2½ pour cent sur celle de $10,700, prix de vente de certains immeubles que le défendeur, en octobre 1883, avait chargé le demandeur de vendre, dans un délai que le demandeur allègue avoir été fixé à six mois, et que le dit défendeur a néanmoins vendus lui-même le 23 janvier 1884, avant l'expiration du délai accordé au demandeur, ce qui, aux termes du marché arrêté entre les parties, donne droit au demandeur d'exiger sa dite commission ;

"Attendu que le défendeur conteste cette demande, disant en substance : que le délai fixé pour la vente n'était que de trois mois au lieu de six, et ce à compter du 9 octobre 1883, et qu'à la fin de janvier 1884, voyant ce délai expiré sans que le demandeur eût rien fait, il a échangé ses immeubles avec son beau-père Laforce, recevant, lui défendeur, $4,200 comme soulte, et Laforce vendant ensuite à Larchevêque pour $10,700, et ce n'est que pour éviter la multiplicité des actes que le contrat a été consenti directement par le défendeur à l'acquéreur ;

"Attendu qu'il est établi en preuve, par l'aveu du demandeur, que le délai pour effectuer la vente était de trois mois et non de six ; mais qu'il est en outre prouvé par le témoin Carle, frère du défendeur, et à qui ce dernier avait donné instruction de voir le demandeur pour lui et de le charger de la dite vente, que le dit demandeur lui a formellement déclaré qu'il n'accepterait ce mandat que sur une lettre du défendeur lui-même ; que cette lettre a été, en effet, envoyée au demandeur par le défendeur, le 27 octobre 1883, et que nonobstant l'entrevue que le dit té-

moin avait eue avec le demandeur, le 18 octobre, le contrat de mandat intervenu entre les parties n'a, par suite de cette condition imposée par le demandeur, été complété qu'à compter de cette date, 27 octobre, et que le délai pour l'exécuter comptait nécessairement du même jour; et qu'en conséquence la vente effectuée par le défendeur, le 23 janvier 1883, donne droit au demandeur de réclamer sa commission;

"Attendu qu'il est en outre prouvé par l'acquéreur Larchevêque que le marché intervenu entre le défendeur et lui était conclu et arrêté au moins huit jours avant la date du contrat, qui est du 23 janvier 1884, ce qui, même en faisant remonter le mandat au 18 octobre, suivant la prétention du défendeur, soumettrait encore la vente à la commission du demandeur;

"Attendu que l'échange allégué par le défendeur constitue, au point de vue des relations des parties en cause, une aliénation équivalente à vente, et justifie conséquemment la demande;

"Renvoie l'exception et la défense du défendeur, et le condamne à payer au demandeur la dite somme de $267.50 courant, avec intérêt du 12 mai 1884, date de l'assignation, et les dépens distraits, etc."

Nov. 19, 1888.]

Bonin, for appellant, besides referring to the evidence on the question of fact, as to whether the three months had expired before the alienation of the property, further submitted:—

Enfin, si la Cour est d'opinion que la convention est prouvée, si elle en fixe la date au 27 octobre, reste la question du *quantum meruit*. Combien valent les services du demandeur, dans cette occasion?

Il a publié dans un journal une annonce que personne n'a lue. Il n'a placardé qu'après la vente à Larchevêque. Celui-ci déclare que les maisons étaient placardées depuis un an ou deux par l'appelant lui-même, et que depuis un an il était en négociations avec lui. Il n'a eu connaissance de l'ingérence de M. Parent qu'après l'acte enregistré.

Combien peuvent valoir les services de M. Parent?

1889.

Carle & Parent.

Il a prouvé par des agents d'immeubles que ces messieurs ont établi un tarif entre eux, 2½ p. c., ce qui fait $267.50 pour avoir publié une annonce qui a dû coûter $4 à $5. C'est un métier qui paierait mieux les agents que les propriétaires. Supposant que ce prix fut raisonnable, ce ne serait toujours qu'à la condition de services réels que M. Parent n'a pas rendus. Il n'a pas trouvé un seul acquéreur, n'a fait aucune démarche, n'a pas même placardé ; il n'a pas pris la peine de répondre à la lettre de l'appelant, ni de l'informer qu'il consentirait à recevoir 2½ p. c. de commission dans le cas où la propriété serait vendue par l'un ou par l'autre dans l'espace de trois mois. Si la lettre du 18 octobre était produite, on y trouverait peut-être que l'appelant y mettait des conditions aux prétentions de M. Parent et que M. Parent ne voulait pas accepter.

Quoi qu'il en soit, cette commission de 2½ ne devrait pas se charger sur $10,700 mais sur $4,200 ; car la transaction telle que prouvée par le témoignage de M. Larchevêque et de l'appelant, et par l'acte produit, démontre que l'appelant a échangé de propriété avec M. Laforce, moyennant un retour de $4,200, et que M. Laforce vendait à M. Larchevêque les propriétés reçues en échange, moyennant $10,700, somme que celui-ci promit de payer à M. Laforce lui-même.

La commission due par l'appelant ne serait donc que sur $4,200, savoir, $105, ce qui est encore beaucoup plus que l'intimé n'a le droit de recevoir.

A. Dorion, for the respondent.

DOHERTY, J. (for the Court) :—

The Court finds that the term agreed on was three months, and that Carle disposed of the property before the expiration of that time. The contract has been proved to the satisfaction of the Court, and although it is probably a hard case for the appellant we are bound to give effect to the agreement between the parties.

Judgment confirmed.

Pagnuelo, Taillon, Bonin & Gouin, for appellant.

Geoffrion, Dorion, Lafleur & Rinfret, for respondent.

(J. K.)

February 25, 1888.

Coram DORION, CH. J., CROSS, BABY, CHURCH, JJ.

JAMES McCARTNEY,
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

DANIEL C. LINSLEY,
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Costs—Appeal on question of—Tender—Recovery of portion of amount sued for.

HELD:—1. An appeal will be entertained on a question of costs where the Court below, in adjudicating on the costs, proceeded upon a wrong principle. (See *Prowse & Nicholson, ante*, p. 151).

2. Where the plaintiff sued for $774 and the defendant tendered $334, but without costs, and the tender was held sufficient as to principal, but the plaintiff proceeded with the suit for the whole amount, the plaintiff should be condemned to pay all costs after filing plea, including costs of *enquête*.

3. A judgment, which condemns the plaintiff who succeeds for part of the amount sued for, to pay the defendant costs of contestation as of an action for a sum representing the difference between the amount sued for and the amount recovered, is erroneous in principle, and such an adjudication as to costs is not within the discretion allowed the Court by Art. 478, C. C. P.

APPEAL from a judgment of the Court of Review (TORRANCE, GILL, MATHIEU, JJ.), Sept. 27, 1886, in the following terms:—

"La Cour, etc.....

"Attendu que le demandeur a réclamé du défendeur par son action la somme de $774.79; que le défendeur a reconnu lui devoir la somme de $334.35 qu'il a déposée avec son plaidoyer, et que, par son jugement en date du 30 décembre dernier, la Cour Supérieure a maintenu les offres du défendeur quant au capital, et a renvoyé l'action du demandeur quant au surplus de $334.35, mais a con-

1888.
McCartney & Linsley.

damné le défendeur à payer les frais de l'action, moins les frais d'enquête ;

" Attendu que le défendeur a inscrit en révision et il demande que les frais ne soient pas mis à sa charge, mais soient mis à la charge du demandeur vu que l'action du demandeur a, de fait, été renvoyée pour la somme de $440, et que la Cour a maintenu la prétention du défendeur qu'il ne devait que la somme par lui offerte ;

" Attendu qu'il est prouvé que lorsque le demandeur a fait la demande au défendeur de ce que ce dernier lui devait, il lui a toujours demandé, avant l'institution de cette action, la somme de $774.79 ;

" Attendu que le défendeur, tout en refusant, comme il avait le droit de le faire, de payer la dite somme de $774.79 qu'il ne devait pas, n'a pas offert celle de $334.35 qu'il devait ; mais qu'au contraire, l'agent du défendeur avait promis d'aller payer au domicile du demandeur une somme de $200 à-compte de la balance que le défendeur reconnaissait devoir, ce qu'il n'a pas fait dans le délai convenu, avant l'institution de l'action ;

" Considérant que les offres du défendeur n'étaient pas suffisantes, vu qu'elles n'avaient pas été faites valablement avant l'institution de l'action, et qu'elles n'étaient pas accompagnées, lors du dépôt avec son plaidoyer, du montant des frais encourus par le demandeur, jusqu'à la production du dit plaidoyer ;

" Considérant que, sous ces circonstances, il est juste que le défendeur soit condamné à payer les frais du demandeur, comme dans une action contestée de la somme de $334.35 ;

" Mais considérant que l'action du demandeur, sur la contestation du défendeur, a été renvoyée pour la somme de $440, et qu'il est juste que le demandeur paie au défendeur les frais de contestation comme dans une action contestée pour ce montant ;

" Considérant que pour ces raisons, il y a lieu de modifier le jugement du dit 31 décembre dernier ;

" A confirmé et confirme le dit jugement quant à la condamnation principale, mais l'a révisé quant aux

1888.

McCartney & Linsley.

frais, et à cet égard a condamné et condamne le défendeur à payer au demandeur les frais d'une action contestée de $334.35, sans frais d'enquête, lesquels dépens sont accordés par distraction à MM. Robidoux & Fortin, avocats du demandeur, et a condamné et condamne le dit demandeur à payer au dit défendeur les frais de contestation comme dans une action de $440, y compris tous les frais d'enquête, lesquels dépens sont accordés par distraction à MM. Duhamel, Rainville & Marceau, avocats du défendeur; et a condamné et condamne le dit demandeur à payer les frais de révision, lesquels sont aussi accordés par distraction aux dits maîtres Duhamel, Rainville & Marceau."

Jan. 16, 1888.]

Fortin, for the appellant:—

Bien qu'il ne s'agisse en cette cause que d'une question de frais, et que cette Cour ait déjà jugé qu'elle ne croyait pas devoir intervenir dans des questions de ce genre, nous croyons cependant que le jugement *à quo*, commet une injustice si grande et si évidente à l'égard de l'appelant, qu'elle ne lui refusera pas la justice qu'il se croit en droit d'attendre du plus haut tribunal de cette province.

Voilà, en effet, un jugement par lequel, en prenant pour vrais tous les faits qu'il mentionne et sur lesquels il est appuyé, l'appelant est condamné à tous les frais de la Cour de Révision—$102.00--pour une bagatelle de $10 de différence dans la condamnation aux dépens prononcés par le tribunal de première instance!

On dit au juge qui a entendu la cause à l'enquête et mérite et l'a jugée en premier lieu: Vous avez erré dans l'exercice de votre discrétion; vous auriez dû condamner l'appelant,—qui a déjà $150 de frais à supporter—à payer $10 de plus: nous renversons votre jugement pour ces $10 et condamnons l'appelant à tous les frais de révision!

Si jamais la justesse de la maxime: *Summum jus, summa injuria*, a pu être mise en doute ce jugement en est la démonstration la plus frappante! Et cela, encore une fois,

1888.
McCartney & Linsley.

en prenant pour admis que le premier jugement est erronné *pro tanto*, ce que nous n'admettons pas, au contraire !

Dans une cause de *Daly & Chévrier*, 4 Leg. News, p. 82, cette Cour a renversé un jugement de la Cour de révision parce que ce tribunal avait changé le premier jugement pour une différence de $3.98 *en capital*, et condamné l'appelant aux frais de la Cour de Révision.

Nous croyons que la présente cause est encore plus favorable à l'appelant que ne l'était celle de *Daly & Chévrier*.

Duhamel, Q. C., for the respondent.

The judgment of the Court of appeal is as follows :—

"" The Court, etc.....

" Whereas the plaintiff in this suit, now appellant, brought his action for the sum of $774.79, and whereas he was well aware, as established by the proof in this cause, that the defendant was not indebted to him in any further and greater sum than $334.35, and whereas the said defendant met the said *demande* by an affirmative plea, whereby he admitted his said indebtedness to the said extent of $334.35, and brought said amount into Court, and tendered the same to the said plaintiff for acceptance, and whereas the said plaintiff refused to accept the same, and contested the correctness of said defendant's said plea and tender, and whereas the said defendant was forced in consequence of said refusal, to enter into a tedious and expensive contestation with the said plaintiff, in order to show that the said plaintiff was endeavoring to collect from him the price of certain merchandise which had not been ordered by him, but ordered by another person, to wit, one Mack, and although destined for the enterprise which the said defendant had contracted to construct, and that he, the said defendant, had paid the said Mack for the same ; and whereas in so doing the said plaintiff acted unjustly and illegally towards the said defendant, and whereas in consequence thereof he, the said plaintiff, should bear all the costs of the *enquête*, as well as the

costs of the said defendant incurred after the filing of his said plea and the making of his said tender;

"And considering that although there was error in the judgment of the Court below, which condemned the said defendant to all the costs of said contestation (except those of the *enquête*), yet that the said defendant was not altogether blameless, inasmuch as with his said plea and tender he should also have tendered to the said plaintiff his costs up to the date of filing said plea, but inasmuch as the said defendant had some reason to believe that the said plaintiff had granted him a delay extending beyond the date whereon the writ of summons issued in this cause was served upon him, for the payment of his said indebtedness, and should not have taken the said judgment to the said Court of Review for the small difference which existed between his just claim and those defined by said judgment;

"And considering that by the judgment of the Court of Review it is adjudged that the defendant pay to the plaintiff the costs of a contested action for $334.35 without the costs of the *enquête*, of which costs distraction is granted in favor of the plaintiff's attorneys, Messrs. Robidoux & Fortin, and that it is thereby further adjudged that the said plaintiff should pay to the said defendant the costs of contestation as of an action for $440, including the costs of *enquête* in this suit, of all which costs distraction is granted to Messrs. Duhamel, Rainville & Marceau, attorneys for the said defendants;

"And considering moreover that the said appellant (plaintiff) is further condemned to pay his costs of the Court of Revision, of which distraction is granted to Messrs. Duhamel, Rainville & Marceau aforesaid;

"And considering that in said judgment there is great ambiguity of expression and uncertainty as to its full scope and meaning, as well as error;

"And considering that in the judgment of the Superior Court made and rendered by the hon. Mr. Justice Taschereau on the 31st of December, 1885, there is also error, doth cancel, annul and set aside the same;

1888.

McCartney & Linsley.

"And this Court proceeding to render the judgment which the Court below, to wit, the Superior Court sitting in Review at Montreal, on the 27th of September, 1886, should have rendered, doth declare that the tender of $334.35, made by the defendant with his said plea, good and sufficient as regards the amount of principal debt, and the defendant is adjudged and condemned to pay the same to the said plaintiff, with costs up to and including the filing of his the said defendant's plea; and doth condemn the said plaintiff to pay to the said defendant costs, including the costs of *enquête* and costs incidental thereto, from and after the filing of his, said defendant's, said plea to final judgment, and distraction is hereby granted of said costs adjudged in favor of said plaintiff to Messrs. Robidoux & Fortin, and distraction is hereby also granted of said costs adjudged in favor of said defendant to Messrs. Duhamel, Rainville & Marceau.

"And as respects the costs in the Court of Revision it is adjudged that each party shall pay his own costs, and as respects this appeal the same is hereby maintained with costs against the said respondent."

Judgment reversed.

Robidoux, Fortin & Rocher for appellant.

Duhamel, Rainville & Marceau for respondent.

(J. K.)

September 21, 1886.

Corum DORION, Ch. J., MONK, TESSIER, CROSS, BABY, JJ.

EUSÈBE PAUZÉ ES QUAL.
(*Plaintiff in Court below*),
APPELLANT;

AND

LOUIS A. SENÉCAL
(*Defendant in Court below*),
RESPONDENT.

Pledge—Art. 1975, *C. C.—Agreement for sale—Not accepted until after insolvency of promissor—Debentures—Value.*

HELD:—1. In order to have the benefit of Art. 1975, C. C.,—which provides that "if another debt be contracted after the pledging of the "thing and become due before that for which the pledge was given, "the creditor is not obliged to restore the thing until both debts are "paid,"—the creditor must plead this defence specially.

2. Several persons having claims against a railway company, executed an agreement to deliver to one G. the debentures of the company held by them, on payment of the respective amounts shown opposite their respective names. It was proved that this agreement was executed at G.'s request, but it was not accepted nor acted upon by G. until after the insolvency and death of P., one of the signatories; *held*, that an acceptance of the agreement by G. and a transfer of his rights thereunder to a third person, after the insolvency and death of P., could not bind P.'s estate.

3. Where debentures are deposited with a creditor as security for a specific debt due to him by the depositor, and the debt is tendered to the creditor, the latter is obliged, in default of restoring the thing pledged, to pay the value of the debentures at the time the restitution is demanded; and, where no proof is made to the contrary, this will be assumed to be their nominal or par value.

APPEAL from a judgment of the Court of Review, Montreal, which reversed a judgment of the Superior Court, Montreal.

The judgment of the Superior Court, (PAPINEAU, J.), July 9, 1884, was in the following terms:—

"La Cour, etc.....

"Considérant que le demandeur es-qualité de curateur

1886.
Pauzé & Senécal.

à la succession de feu John Henry Pangman, décédé le 11 de novembre 1880, réclame du défendeur 54 débentures de la compagnie du chemin de fer des Laurentides, de $500 chaque, qui ont été déposées le 31 de janvier 1880, entre les mains du défendeur pour sûreté collatérale du paiement de deux billets consentis par le dit feu John Henry Pangman au défendeur, l'un de $1000, payable dans dix mois de la dite date, et l'autre aussi de $1000, payable dans douze mois de cette date ;

" Considérant que le demandeur a prouvé les allégations de sa demande et plus particulièrement que le 6 d'avril 1882, antérieurement à la présente action, il a offert au défendeur le montant en capital des dits billets et les intérêts alors échus sur iceux, formant en tout la somme de $2,152, afin de se faire remettre les dits billets et les dites débentures, et que le défendeur a refusé et refuse encore de les lui remettre ;

" Considérant que les dites offres ont été renouvelées par le demandeur et que le montant en a été consigné en Cour avec sa demande ;

" Considérant que le défendeur a d'abord plaidé qu'il avait acquis toutes les dites débentures du dit feu John Henry Pangman en échange des dits deux billets qu'il avait remis à ce dernier sans avoir retiré le reçu donné par lui au dit Pangman pour les dites débentures, et que le défendeur n'a aucunement prouvé ce dernier plaidoyer ;

" Considérant que le défendeur a plaidé par d'autres exceptions que Pangman s'était obligé, le 13 de septembre 1878, à céder et remettre au nommé N. H. Greene $24,000 des dites débentures pour $1,400 ; que le dit Greene avait dûment accepté cette obligation et l'avait ensuite cédée au défendeur, et que ce dernier étant créancier du dit John Henry Pangman et de sa succession au montant des diverses sommes énumérées dans ses défenses, et qu'il était bien fondé à les offrir en paiement de la dite somme de $1,400 pour acquérir les dites débentures au montant de $24,000, que Greene avait le droit d'acquérir, et en compensation de la valeur des autres débentures ;

1886.

Pauzé & Senécal.

" Considérant que le défendeur n'a pas prouvé les allégations de ses exceptions et défenses ;

" Considérant spécialement qu'il n'a pas prouvé que le dit Greene eût accepté, avant la mort du dit feu John Henry Pangman, l'obligation que ce dernier s'était déclaré prêt à céder et remettre au dit Greene moyennant $1,400, les $24,000 de débentures mentionnées dans l'écrit sous seing privé allégué par le défendeur comme étant daté du 13 de septembre 1878, et que cette acceptation ne pouvait être utilement faite par Greene, ni par le défendeur, après la mort du dit John Henry Pangman ;

" Considérant que cette acceptation ne pouvait pas se faire validement, non plus, après que le dit Pangman fût devenu notoirement insolvable, comme il l'était au temps de son décès, à la connaissance du défendeur ;

" Considérant que la créance du demandeur es-qualité pour se faire remettre les dites 54 débentures données en gage au défendeur ne peut pas être compensée légalement par les prétendues créances du défendeur contre la succession Pangman et que cette succession est restée propriétaire du gage donné ;

" Considérant que le défendeur n'a pas prouvé que ces débentures que le dit Pangman s'était obligé de céder et remettre à Greene fussent celles que Pangman avait données en gage au défendeur ;

" Considérant que toutes les défenses du défendeur sont mal fondées en droit aussi bien qu'en fait ;

" La Cour les renvoie avec dépens et déclare bonnes et valables les offres et la consignation faites par le demandeur en cette instance au greffe de cette Cour et sujettes à la condition de remise par le défendeur, au demandeur des dits deux billets et des 54 débentures en question ; déclare le demandeur es-qualité en droit d'avoir la remise et possession des dites débentures revendiquées ; condamne le défendeur à remettre au demandeur sous quinze jours de la date des présentes 54 débentures de $500 chacune de la compagnie du chemin de fer des Laurentides, et, à défaut par le défendeur de ce faire, dans le dit délai, et ce délai expiré, le condamne à payer au demandeur la

1886.

Pauzé & Senécal.

somme de $27,000, valeur nominale et prouvée des dites débentures, et ce, afin de contraindre, comme le tribunal en a le pouvoir, le défendeur à livrer les susdites débentures au demandeur, avec de plus l'intérêt sur la dite somme de $27,000 à compter du 8 août 1882, jour d'assignation en cette cause et les dépens distraits à Mtre Bonin, avocat du demandeur; sur laquelle somme de $27,000 devra être préalablement déduite celle de $2,152, montant des deux billets en question consentis par le dit John Henry Pangman en faveur du dit défendeur Senécal, en date du 31 janvier 1880, et des intérêts accrus sur iceux depuis leur échéance respective jusqu'à la date des offres réelles faites au défendeur, le 6 d'avril 1882, par le ministère de Mtre L. N. Dumouchel, notaire, laissant une balance de $24,848 avec intérêt sur icelle du 8 d'avril 1882, que le défendeur devra payer au demandeur, à défaut par lui de remettre à ce dernier, dans le dit délai de quinze jours, 54 débentures de $500 chacune, de la compagnie du chemin de fer des Laurentides."

The judgment of the Court of Review, (SICOTTE, TORRANCE, LORANGER, JJ.), Feb. 28, 1885, reversing the above judgment, was as follows:—

" La Cour, après avoir entendu les parties par leurs procureurs respectifs sur la demande du défendeur pour faire réviser le jugement prononcé en cette cause le 9 de juillet dernier (1884), par la Cour Supérieure siégeant dans et pour le district de Montréal; avoir examiné le dossier et la procédure, et délibéré;

" Considérant que le demandeur es-qualité de curateur à la succession vacante de feu Henry J. Pangman, réclame du défendeur 54 débentures de la compagnie du chemin de fer des Laurentides de $500 chaque, qui ont été données le 31 janvier 1880, au défendeur comme sûreté collatérale du paiement de deux billets consentis par le dit feu Henry Pangman au dit défendeur, l'un de $1000, payable à dix mois de date, et l'autre d'une même somme de $1000, payable à douze mois de date;

" Considérant que le demandeur admet que le défen-

1886.

Pauzé & Senécal.

deur a prouvé à son enquête qu'il est devenu, depuis que les dites débentures lui ont été ainsi remises, le créancier du dit feu Henry Pangman, pour une somme de $1,130, composée comme suit, savoir : un bon de $300, consenti par le dit feu Henry Pangman au défendeur, le 6 mai 1880, pour valeur reçue, et un billet de $500, consenti par le dit feu Henry Pangman, à son propre ordre, payable à deux mois de date, au bureau de la Banque Jacques Cartier, pour valeur reçue, et endossé par le dit Pangman en faveur du défendeur, et la somme de $330, pour diverses avances d'argent reconnues par le dit feu Henry Pangman, qui en a fait des entrées dans ses livres ;

" Considérant que la dite créance de $1,130, est devenue due et exigible avant l'échéance des dits billets pour la sûreté desquels les dites débentures ont été remises au défendeur, et qu'aux termes de l'article 1975 du Code Civil, le défendeur ne peut être tenu de rendre les dites débentures avant d'être payé de la dite créance ;

" Considérant que le demandeur n'a pas payé la dite somme de $1,130, ni offert par sa défense de la payer, mais qu'au contraire, il a nié le droit du défendeur de retenir les dites débentures jusqu'au paiement de la dite créance ; et considérant que le demandeur n'a aucun droit d'action contre le défendeur pour se faire remettre les dites débentures, avant d'avoir payé au défendeur, non seulement le montant des billets pour la sûreté desquels elles lui ont été remises ; mais aussi la dite somme de $1,130, et toute autre créance du défendeur contre le dit Henry J. Pangman, contractée depuis la remise des dites débentures au dit défendeur, et devenue due et exigible avant l'échéance des dits billets ;

" Considérant qu'il y a erreur dans le jugement de la Cour Supérieure du 9 juillet 1884, dont la révision est demandée : casse et annule le dit jugement, et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu, renvoie

1886. Pauzé & Senécal. l'action du demandeur avec dépens tant de la Cour Supérieure que de cette Cour de Révision distraits, etc."

March 23, 1886.]

Bonin, (with him *Bethune*, *Q. C.*,) for the appellant.

Lacoste, *Q. C.*, for the respondent.

Sept. 21, 1886.]

TESSIER, J. (*diss.*) :—

La présente action a été intentée le 8 avril 1882, par Pauzé, en sa qualité de curateur de la succession vacante de feu John Henry Pangman, décédé le 11 novembre 1882, en son vivant, président de la compagnie du chemin de fer des Laurentides, pour forcer L. A. Senécal le défendeur, de remettre à la dite succession 54 débentures de la dite compagnie, de $500 chacune, que le dit Pangman avait déposées entre les mains de Senécal, le 31 janvier 1880, comme gage du paiement de deux billets promissoires de $1000 chacun, signés le même jour par Pangman en faveur de Senécal.

Pauzé s'était fait d'abord autoriser, en justice, à payer à même les deniers de la succession, les deux billets et en offrait le montant en principal et intérêt avec consignation, par son action.

Il concluait à ce qu'à défaut de remettre les débentures, Senécal fût condamné à en payer la valeur à raison de cinquante cents dans la piastre, savoir, $13,500.

A cette action, Senécal oppose plusieurs moyens, dont le principal est celui-ci :

Le 13 septembre 1878, Pangman s'était obligé, par promesse écrite, de livrer à un nommé Greene $24,000 de ces débentures sur paiement de $1,400. Greene a accepté cette promesse. Son acceptation est constatée par sa signature apposée sur cet écrit même, au dessous des mots suivants : " *I accept the above agreement.*"

Il est bon d'observer qu'à cette époque, ces débentures étaient tout à fait dépréciées en valeur, et que sur le marché public ou à *L'Echange*, elles n'auraient pas été vendues pour un prix guère plus élevé que $1,400.

1886.

Pauzé & Senécal.

Plus tard Greene a transporté ses droits à Senécal.

D'un autre côté, Senécal est créancier de la succession Pangman pour une somme plus considérable que le montant offert par l'action pour le paiement des dits deux billets promissoires.

Je considère que la promesse de Pangman à Greene, l'acceptation de Greene et le transport par ce dernier à Senécal, lient Pangman et ses successeurs ou ayants cause, et donnent droit à Senécal de retenir ces débentures.

Il est en preuve, admis même, que Pangman a contracté envers Senécal une autre dette au montant de $1,130, après la mise en gage des 54 débentures, et que cette dette est devenue exigible avant l'échéance des billets pour la sûreté desquels les dites débentures ont été remises à Senécal.

D'après l'article 1975 de notre Code Civil, Senécal n'était pas tenu de rendre le gage avant d'être payé de l'une et de l'autre dette.

Je suis d'avis que le jugement de la Cour de Révision devrait être confirmé.

DORION, Ch. J. (for the majority of the Court) :—

The appellant as curator to the estate of the late John Henry Pangman, by his action, revendicates 54 debentures of the Laurentides Railway Company of $500 each, which Pangman conveyed to the respondent on the 31st of January, 1880, as collateral security for the payment of two promissory notes of $1000 each, payable respectively at ten and twelve months from their date.

Pangman died on the 11th November, 1880, and the appellant, duly appointed curator to his vacant estate, after being authorized by the creditors, tendered to the respondent on the 6th of April, 1882, the sum of $2,152, being the amount then due for principal and interest on the said two promissory notes, and demanded a reconveyance of the 54 debentures pledged for the payment of these notes.

The respondent having refused to comply with his request, the appellant instituted this action to recover the

1886.
Panzé & Senécal.

54 debentures, and renewed his tender of the sum of $2,152.

The respondent pleaded: 1st, that he had purchased the debentures for the two promissory notes of Pangman which were returned to him, and that he had forgotten to exact at the time his receipt on which the action was founded.

By a second plea, he alleged that on the 18th of September, 1878, Pangman had agreed to deliver $24,000 of these debentures to one Greene on payment of a sum of $1,400; that Greene had transferred this agreement to the respondent who was entitled to retain the $24,000 of debentures on payment of the $1,400, which last sum was compensated by a larger sum, that of $7,000 due him by Pangman, and that the balance of his claim compensated the difference between $24,000 and the $27,000 of debentures claimed.

By a third plea the respondent pleaded that he was not in possession of the debentures, which were only worth $5,000, which sum was compensated by the sum of $7,000 due him by Pangman.

By judgment of the Superior Court of the 9th of July, 1884, the tender of the appellant was declared valid, and the respondent was condemned to reconvey to the appellant the 54 debentures claimed and, in default of doing so within 15 days, to pay a sum of $27,000 less $2,152, amount in principal and interest of the two notes given by John Henry Pangman to the respondent, and further to pay interest on the balance of $24,848 from the 8th of April, 1882, date of the summons in this cause.

The Court of Revision by a judgment of the 28th of February, 1885, reversed the judgment of the Superior Court and dismissed the action, on the ground that the appellant should have tendered an additional sum of $1,130, which Pangman owed to respondent on other transactions than the two notes of the 31st of January, 1880.

The questions to be determined are purely questions of

evidence, as the law applicable to the facts established in the case does not admit of any controversy.

The appellant has proved the agreement between Pangman and the respondent.

There is no proof whatsoever that the respondent has subsequently purchased from Pangman the 54 debentures which he received from him as collateral security. The first plea is not proved.

On the second plea it was proved that on the 13th of September, 1878, Pangman offered to transfer to one Greene, who was the engineer of the Company, $24,000 of the Laurentides Railway debentures for $1,400. To bind Pangman, this offer should have been accepted and the acceptance communicated to Pangman. At the foot of the writing containing Pangman's offer are to be found the words "I accept the above agreement." A. H. Green —without any date, and it is proved that these words were written long after the death of Pangman, and about March, 1882.

This pretended acceptation was never notified to Pangman, but only to the curator to his estate, the present appellant, after the institution of this action, when the respondent produced his transfer from Greene.

No contract binding the estate could then be formed: first, because Pangman was dead; and second, because his estate was insolvent.

The respondent has proved that Pangman or his estate was indebted to him in the sum of $1,130, besides the amount of the two notes for which the 54 debentures in question in this case were pledged. This sum is represented by a writing from Pangman, $300 payable to respondent and bearing date 6th May, 1880, by divers sums for money lent amounting to $330, and by a note made by Pangman payable to his own order for $500, dated 20th of June, 1880.

The Court of Review held that the respondent had a lien on the 54 debentures for this amount, and that the appellant could not recover the debentures without paying that sum. In the first place this was not pleaded,

1886.
Panzé & Senécal.

and the Court of Review decided a question which had not been in issue. In the second place the appellant strictly conformed himself to the condition of the contract, by tendering the amount in principal and interest of the two notes for which the 54 debentures had been pledged. If the respondent had any other claim for which he was entitled to retain the debentures, he should by his pleadings have urged his claim, and in that case instead of dismissing the respondent's action, the Court should have ordered the respondent to return the debentures on the payment by the appellant of the additional sum due and which did not form part of the original contract.

There is this further observation to be made: it is that the note of the 20th June, 1880, for $500, was not made to Senécal's order. The respondent could only claim a privilege on the debentures in case he was in possession of the note before the death of Pangman who is proved to have died insolvent, and he has made no proof whatever of the date at which he became possessed of the note. Under the circumstances the respondent has not shown that he had any lien for this note, on the 54 debentures which he has in his hands, and he has only an ordinary claim against the insolvent estate of Pangman, which is to be paid *pari passu* with the other creditors of the estate, when the property of which it is composed shall have been realized.

The judgment should therefore have declared the tender made by the appellant good and valid, and have ordered the respondent to return to the appellant the 54 debentures of the Laurentides Railway Company, and in default of returning said debentures should have condemned him to pay to the appellant the sum of $27,000 as the value of the said debentures, less the sum of $630, for which the respondent had a claim against Pangman prior to his insolvency, and which the respondent is entitled to compensate with the sums due by him, which compensation he has claimed by his pleas.

As to the note of $500, the claim of the respondent

must be reserved to be exercised against Pangman's estate.

The judgment of the Court of Review is therefore reversed, and the judgment of the Superior Court slightly modified in the sense above indicated.

The judgment of the Court of Appeal is as follows :—

" La Cour, etc.....

" Considérant que l'appelant, demandeur en Cour de première instance, a porté cette action en sa qualité de curateur à la succession vacante de feu John Henry Pangman, pour se faire remettre 54 débentures de la compagnie du chemin de fer des Laurentides, de la valeur nominale de $500 chacune, que le dit John Henry Pangman a déposées, le 31 janvier 1880, entre les mains de l'intimé pour sûreté additionnelle (collateral security) du paiement de deux billets de $1000 chacun, dont l'un payable dans dix mois, et l'autre dans un an de leur date ;

" Considérant que le 6 avril 1882, l'appelant a offert à l'intimé le montant en capital et intérêts des dits deux billets, formant en tout la somme de $2,152, et qu'il a renouvelé ses offres par son action et consigné la dite somme de $2,152, entre les mains du protonotaire de la Cour Supérieure, à Montréal ;

" Et considérant que l'intimé n'a pas nié avoir eu les dites débentures du dit John Henry Pangman, mais qu'il a plaidé par une première exception les avoir achetées du dit John Henry Pangman, et que ce plaidoyer n'a pas été prouvé, l'allégué de l'intimé étant contredit par le reçu de l'intimé que l'appelant a produit :

" Et considérant que par une seconde exception l'intimé a prétendu que le 13 septembre 1878, le dit John Henry Pangman avait promis de céder à N. H. Greene $24,000 de débentures de la dite compagnie pour la somme de $1,400 ; que le dit N. H. Greene a cédé ses droits à l'intimé, qui est le créancier de la succession du dit John Henry Pangman, pour diverses sommes se montant ensemble à celle de $7,000, sur et à même laquelle somme

1886.
Panzé & Senécal.

il avait le droit d'opposer la compensation de la somme de $1,400, qu'il devait à l'appelant, comme représentant le dit John Henry Pangman, pour le prix de l'acquisition des dites $24,000 de débentures, et de compenser les autres trois mille piastres de débentures réclamées par l'appelant sur et à même la balance de la dite somme de $7,000 ;

" Et considérant que l'intimé n'a pas prouvé que le dit N. H. Greene ait jamais accepté l'offre de vente des dites $24,000 de débentures du vivant du dit John Henry Pangman, ni qu'il ait donné avis au dit John Henry Pangman qu'il avait accepté la dite offre ou promesse de vente ;

" Et considérant que le dit N. H. Greene et le dit intimé, son cessionnaire, ne sont plus à temps après le décès du dit John Henry Pangman, pour accepter la dite promesse de vente des dites $24,000 de débentures de la dite compagnie des Laurentides ;

" Et considérant que l'intimé a prouvé qu'outre le montant des deux billets mentionnés en la déclaration en cette cause, le dit feu John Henry Pangman lui devait un bon de $300 en date du 6 mars 1880, et de plus diverses sommes de deniers au montant de $330, tel que reconnu par les entrées faites par le dit John Henry Pangman dans ses livres, et que la succession du dit John Henry Pangman lui doit en outre une somme de $500, pour le montant d'un billet du 21 juin 1880, fait à l'ordre du dit John Henry Pangman, et payable deux mois après sa date, mais qu'il n'a pas prouvé qu'il soit devenu en possession et propriétaire de ce billet avant le décès du dit John Henry Pangman ;

" Et considérant que l'intimé n'a pas le droit d'opposer les sommes de deniers que lui doit la succession John Henry Pangman pour compenser la demande de l'appelant pour se faire remettre les dites 54 débentures ; mais qu'en supposant qu'il aurait le droit d'opposer la compensation à la demande du dit appelant, il ne pourrait opposer que la somme de $630, dont il est devenu le créancier avant le décès et l'insolvabilité du dit John Henry

1886.

Panzé & Senécal.

Pangman, savoir, $300, montant du bon donné par le dit John Henry Pangman à l'intimé le 6 mai 1880, et $330, montant dû suivant les entrées faites par le dit John Henry Pangman dans ses livres ;

" Et considérant que quant au billet de $500, du 21 juin 1880, produit par l'intimé, ce billet a été fait à l'ordre du dit John Henry Pangman, et qu'il n'est pas prouvé que l'intimé en soit devenu le porteur et propriétaire avant que le dit John Henry Pangman ne fût devenu insolvable et en déconfiture, ni avant son décès,—en sorte que l'intimé n'a de recours quant à ce billet que sur le produit des biens composant la succession du dit feu John Henry Pangman, pour être payé au marc la livre avec les autres créanciers de ce dernier ;

" Et considérant que l'intimé n'a pas plaidé qu'il avait le droit de retenir par privilége les débentures réclamées par cette action jusqu'à ce qu'il eût été payé des dites sommes que lui devait la succession du dit feu John Henry Pangman ; et qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour de Révision le 28me jour de février 1885, qui lui a accordé ce privilége qu'il n'a pas réclamé, et qui a renvoyé l'action de l'appelant parce qu'il n'avait pas offert la somme de $1,130, en outre de celle de $2,152 offerte par l'appelant dans son action, lorsque dans tous les cas l'intimé n'aurait pu exercer ce privilége, s'il l'eût réclamé, que pour la somme de $630 ;

" Et considérant que quoique le dit intimé n'ait pas le droit d'offrir cette somme de $630 en compensation des 54 débentures qu'il est tenu de remettre à l'appelant, il peut néanmoins compenser cette somme sur et en déduction de toutes les sommes de deniers qu'il peut être tenu de payer à l'appelant pour tenir lieu des dites débentures ;

" Cette Cour casse et annule les jugements rendus en cette cause, tant en Cour de première instance, savoir le jugement rendu par la Cour Supérieure, à Montréal, le 9me jour de juillet 1884, qu'en Cour de Révision, savoir, le dit jugement du 28 février 1885 ; et procédant à rendre le jugement que les dites Cours auraient dû rendre, déclare les offres réelles suivies de consignation faites par

1886.

Pagé & Senécal.

l'appelant à l'intimé de la somme de $2,152, bonnes et valables, et déclare l'appelant déchargé du paiement des deux billets mentionnés en la déclaration en cette cause, et condamne l'intimé à remettre au dit appelant sous le délai d'un mois de la signification d'une copie de ce jugement, les dites 54 débentures de la compagnie du chemin de fer des Laurentides, de $500 chacune, portant les numéros suivants, savoir, (*numéros*), et sur remise des dites débentures il est enjoint au protonotaire de la dite Cour de remettre au dit intimé la dite somme de $2,152, moins les dépens encourus en cette cause tant en Cour de première instance qu'en révision et sur le présent appel, que l'intimé est condamné à payer au dit appelant, ceux encourus en appel devant être taxés comme de première classe; et à défaut par le dit intimé de remettre à l'appelant les dites 54 débentures dans le délai d'un mois à compter de la signification d'une copie de ce jugement, le dit intimé est condamné à payer à l'appelant la somme de $27,000 pour tenir lieu des dites 54 débentures, moins cependant celle de $2,152 et celle de $630 dues par l'appelant es-qual., que l'intimé a le droit de compenser avec pareille somme sur et à même la dite somme de $27,000, laissant une balance de $24,218, que l'intimé est condamné à payer au dit appelant, avec intérêt, à compter du onzième jour d'avril 1882, et dans ce cas (celui où les dites débentures ne seraient pas remises à l'appelant dans le délai susdit) il est enjoint au protonotaire de la Cour Supérieure de payer au dit appelant la dite somme de $2,152, par lui déposée comme susdit (*Dissentientibus* les honorables juges Monk et Tessier)."

Judgment reversed. (1)

De Bellefeuille & Bonin, for appellant.

Lacoste, Globensky, Bisaillon & Brosseau, for respondent.

(J. K.)

(1) An appeal was taken from the above judgment to the Judicial Committee of the Privy Council, and on the 27th of July, 1889, judgment was rendered by their lordships dismissing the appeal. See 12 Leg. News, p. 330, for the judgment of the Privy Council.

May 29, 1883.

Coram DORION, CH. J., MONK, TESSIER, CROSS, BABY, JJ.

HUGH GRAHAM,
(*Defendant in Court below*),
APPELLANT;

AND

EDWARD H. McLEISH,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Libel — Plea — Demurrer—Truth of matter charged as libel.

HELD:—1. In a plea to an action of damages for libel, where the defendant denies the intention to injure, he may allege the truth of the matter charged as libel in mitigation of damages.

2. A demurrer to part of a plea should indicate the particular paragraph or portion demurred to, and a judgment maintaining such demurrer should specify the portion struck out.

APPEAL from a judgment of the Superior Court, Montreal, (RAINVILLE, J.), May 30, 1882, maintaining the *réponse en droit*, filed by the respondent to portions of the appellant's plea. The judgment of the Court below was in the following terms:—

"La Cour après avoir entendu le demandeur, par ses avocats, sur la réponse en droit par le dit demandeur à cette partie du second plaidoyer du defendeur, par laquelle ce dernier allègue qu'il avait légalement le pouvoir de publier les accusations contenues dans les articles dont le demandeur se plaint, parceque les dites accusations seraient vraies, et que le demandeur pouvait à raison d'icelles être poursuivi criminellement, et parce que le defendeur avait le droit de publier dans son journal toute accusation qu'il pourrait croire vraie ou fondée, et de rendre public tout fait digne de censure, et de commenter ces accusations et ces faits dans la vue l'appeler une enquête judiciaire à leur sujet, et de mettre le public en garde contre la personne ainsi accusée, et aussi à cette

1883.
Graham & McLeish.

partie du plaidoyer par laquelle le dit defendeur invoque spécialement la vérité des allégations des accusations portées contre le demandeur dans le dit journal et comme justification de leur publication, et pour atténuer le montant des dommages auxquels le defendeur pourrait être soumis par suite de leur publication ; le defendeur n'ayant pas comparu lors de la dite audition, quoiqu'appelé ; avoir examiné la procédure et délibéré ;

"Maintient la dite réponse en droit, et rejette la dite partie du dit plaidoyer et la déclare non avenue, avec dépens distraits, etc."

The action was brought by E. H. McLeish, agent, against Hugh Graham, publisher of the "Star," a daily newspaper, of Montreal, and the declaration alleged :—

"That the plaintiff is an honest and upright man, of a good family, and well educated, and has, up to the dates hereinafter mentioned, enjoyed the confidence and esteem of his fellow-citizens, and was intrusted with many honorable and lucrative positions in the City of Montreal, and more particularly with the agency for 'The Great Western Railway Company of Canada,' also for 'The State Line of Steamships of New York,' and of 'The Kansas Pacific Land Company,' and he kept for the purposes of his said agencies an office at No. 247, on St. James street, of this city ;

"That the defendant did at the dates hereafter mentioned, and from the 8th of April, 1877, and does yet own all the plant and copyright of the newspaper published in this city known as the 'Star,' and did publish said paper at Nos. 624 and 626 Craig street, of this city ;

"That in the number of the said 'Star' newspaper bearing date the 18th of March, 1879, and published on the said day, the said defendant, with the view to injure and ruin the reputation of the said plaintiff, and of gratifying the well-known propensities of the said newspaper for scandal, did publish a gross, wilful and malicious libel against the plaintiff in the following terms, and with the following leadings in big letters, to wit : 'A Monster's 'Work—A Young Girl Enticed into a Railway Office,

1883.
Graham & McLeish.

'Drugged and Outraged—Ned McLeish True to his Record '—An Outraged Father Fails in an Attempt to Pistol the 'Fellow. Few events have happened in our city which 'exceed in wickedness that we are compelled this morn-'ing to chronicle. Edward McLeish is a young man who 'has had the reputation of being one of Montreal's 'Bloods.' 'A number of years ago a gang of youthful burglars were 'unearthed and punished. They were led by a smart 'young man named Judge, who escaped to the United 'States. McLeish's name, with some thirty others, was 'mixed up in that scrape, but, by clever lawyers, along 'with several others, he got off scotfree. McLeish then 'went to the United States, whence he returned wearing 'good clothes, and stood about St. James street smoking 'cigars, indulging in choice oaths occasionally, and looking 'wise. He obtained fresh notoriety not long ago by giving 'information to a reporter about another young man, and 'a short time since was nearly getting into trouble on a 'charge of taking a fancy to a neighbour's dog. This time, 'like Charley McCulloch, he has made for himself a repu-'tation. It seems that on Thursday afternoon last he suc-'ceeded in enticing a young girl of sixteen into his office 'for the avowed purpose of ruining her. He had procured 'the assistance of another girl, a friend of the unfortunate, 'and arranged to have her invite the victim, her friend, to 'his office, opposite the Ottawa Hotel. He had boasted 'beforehand to the occupants of the office that he would 'carry out his design, and when they saw the two young 'women enter on Thursday last they felt alarmed, and be-'lieved McLeish would succeed. He received the girls in 'a back parlor, and treated them to wine, drugged that 'which the girl of sixteen drank, rendering her uncon-'scious. All difficulty was then removed, and he kept her 'in the office all night. When the girl awoke to the con-'sciousness of her condition, she upbraided McLeish, but he 'only laughed at her. On arriving at her house on Bleury 'street she told her father, who procured a pistol and started 'out, fully intent upon putting an end to the scoundrel's 'life. McLeish seeing him approach, caught the pistol

1883.
Graham & McLeish.

'and knocked him down, managing to get away and hide 'himself. It is said he left town on Monday morning for 'the States. Following so close on the Cruickshank affair, 'there is much indignation in the matter.

"'The attempted shooting affair took place in the Canada 'Hotel, and Detective Fahey arrived there a short time 'afterwards. The father and the girl had by this time 'left the hotel, and McLeish was taken away by his 'friends. Had the old gentleman remained in the hotel 'until Detective Fahey arrived, and then preferred a 'charge against him, it is probable McLeish would have 'been in limbo, and held to answer for the charge.'

"That the said libel is a tissue of falsehood, malice and hatred, and was so published for the purposes aforesaid, and also with the view of gratifying the hatred and malice of one Harper, an agent and reporter of the said newspaper, the 'Star,' and a personal enemy of the plaintiff, and with the view of helping one William J. Fitzsimmons, then a clerk of the plaintiff, in his attempt to supplant the plaintiff, his master, in the situation of agent for The Great Western Railway Company.

"That the heading of said article was purposely printed in big letters with an attractive title for scandal, in order to draw the attention of all the readers to it;

"That the defendant did, in said libel, brand the said plaintiff as a monster, who had enticed an honest young girl into his office for the purpose of drugging her, and that he had then and there drugged and outraged her, the whole of which was false, malicious and calumnious, and of a nature to excite the whole public against the plaintiff, in which the defendant did succeed;

"That, for the purpose of giving more color to the said libel and false accusations against the plaintiff, the said defendant did falsely and maliciously give the plaintiff as having belonged in his youth to a gang of burglars, and as having escaped prison or penitentiary by the help only of clever lawyers;

"That, in order to put the appearance of truth to the said false accusations, the said defendant did add in the

said libel that the plaintiff, so escaping justice, left the country for the United States, whence he returned wearing good clothes and stood about St. James street, of this city, smoking cigars, and indulging in choice oaths occasionally and looking wise, thereby insinuating that he was a man of perverse nature, and a hypocrite bearing good appearances in order to deceive the public;

"That the said defendant did also maliciously, and with the motives aforesaid, add to said libel and insinuate that the plaintiff had lately got into trouble on a charge of taking a fancy to a neighbour's dog, thereby insinuating that he had stolen, or tried to steal, a dog belonging to one of his neighbours;

"That the said defendant, pursuing his malicious and false libel against the plaintiff, added in his said libel that on Thursday preceding the 18th of March last past, he, the plaintiff, succeeded in enticing a young girl of sixteen into his office for the avowed purpose of ruining her, and that he had procured the assistance of another girl, a friend of the unfortunate, and engaged to have her invite the victim, her friend, to the plaintiff's office, opposite Ottawa Hotel, and also, that he, the plaintiff, had boasted before the occupants of the office that he would carry out his design, that is of drugging and outraging the said girl, and that when they saw two young women enter on Thursday last, that is, on the Thursday preceding the 18th of March last past, they felt alarmed, and believed McLeish would succeed, the whole of which is a pure fabrication and falsehood suggested by the said William J. Fitzsimmons, who, as aforesaid, had concocted and planned this story, together with the said Harper, the reporter of the 'Star,' with the view of supplanting the plaintiff in his position as aforesaid;

"That the said defendant did also falsely allege in the said libel that the plaintiff received the girls in a back parlor and treated them to wine, drugging that which the girl of sixteen drank, rendering her unconscious, the whole of which is a pure fabrication and falsehood, and that the said libel also maliciously and falsely added that

1883.
Graham & McLeish.

the whole difficulty was thus removed and he, the plaintiff, kept her in the office all night, and that when the girl awoke to the consciousness of her position she upbraided McLeish, that is, the plaintiff, but he only laughed at her, the whole of which is also a pure fabrication from beginning to end ;

"That the said libel also adds that following so close on the Cruikshank affair there is much indignation in the matter, thereby alluding to a case of suicide of a young girl named Cruikshank had shortly before in the City of Montreal after having been seduced and abandoned by one Charley McCulloch, whose name is also given in the said libel ; said allusion being so made, and said existence of indignation being so alleged with the view of arousing the public contempt, hatred and indignation against the plaintiff;

"That in the number of the 24th of March last past of the said newspaper, the 'Star,' the said defendant, pretending to correct an item in the said previous libel, did maliciously, and with the view and for the purposes aforesaid, reiterate and reaffirm the said whole libel with the modification contained in the following article, to wit :

"'*The McLeish Affair.*—Since our report of the McLeish 'affair we have been given to understand that the drug-'ging of the girl did not take place in his ticket office, 'but in a house of assignation on St. Constant street.'

"That this last article was also false, and that the plaintiff never did drug a girl, either in his office or in a house of assignation on St. Constant street, as therein falsely alleged, nor anywhere else ;

"That the said newspaper, the 'Star,' is published with a daily circulation of fifteen thousand copies, and distributed in the City of Montreal and through the whole Dominion of Canada, and also in the United States, and that the said libel was also published in the weekly edition of the 'Star,' which has also a large circulation ;

"That these libels were of a nature to excite against plaintiff, and did excite against the plaintiff, much indig-

nation, hatred and contempt, and did ruin the reputation and good fame of the plaintiff with all his fellow-citizens, and with his employers, and was the cause of his losing all his said agencies and positions, thereby injuring him not only in his feelings, but also in his material interests to an extent of at least $10,000, which he has a right to claim and recover from the defendant."

The defendant, besides a *défense en droit*, pleaded by his second plea as follows :—

"That he, the defendant, is not guilty in manner and form as the plaintiff hath in and by his said declaration, alleged, and the said plaintiff suffered and sustained no damage for or by reason of the acts of the defendant complained of, and the defendant denies specially the malice, falsity and hatred, alleged in said declaration as having prompted the publication of the said words and statements set forth in the plaintiff's declaration; and defendant saith, that on the contrary the said defendant in publishing the said alleged words and statements had reasonable and probable cause to believe, and did believe, and had a legal right to state the charges in said articles set forth, in so far as the said plaintiff had been guilty of the charges set forth in the said publication and had been proceeded against, or was liable to be so, by reason of any offence committed by him, and that even if the belief of such statements and the facts of the good faith of the defendant cannot be pleaded or alleged as constituting justification or absolute bar to the said action; yet, the said defendant having no malice or hatred toward the plaintiff, and being the proprietor of a journal, and having, as he did have, probable cause for believing and being assured of the truth of the said statements, which statements had moreover been previously published in other newspapers published in the City of Montreal, and were matter of general remark and conversation in the community, and some of the charges in respect to the drugging of the said girl, and the charges in respect to the shooting affair by the father of the said girl being in

1863.
Graham & McLeish.

fact well founded, the said defendant hath a right to set up the said truth and belief and his good faith and the said probable cause in mitigation of damages, and hereby does set forth and allege the same, and further saith, that the said plaintiff himself hath confessed and admitted that he was guilty of the charges in said article set forth, particularly in respect to the said drugging and the said shooting, as well as other matters relating thereto, and that he had conducted himself in an immoral way with the said girl;

"That the said defendant himself was personally unaware of the publication of the said article or articles complained of, and had no desire to injure the plaintiff, and had no malicious intent in the publication aforesaid, and offered the plaintiff an opportunity of contradicting what had been published, nor was the defendant influenced by the alleged malice of said Harper or Fitzsimmons; the said article was and is based upon statements of fact communicated defendant in good faith, with a view to the bringing to light of the true state of the matter and things alleged and complained of, and which the defendant believed founded in fact, and to be matter calling for notice and reprehension in his journal, and which defendant has himself admitted and confessed to be, and which are matters which plaintiff had a right to comment upon, with a view of leading to judicial enquiry in respect thereto, and putting the public upon its guard against the matters complained of, and the defendant saith that the plaintiff sustained no real and actual damage, and that his action and demand ought to be dismissed;

"Wherefore defendant prays *acte* of his option for a trial by jury in this cause, and prays that the said action and demand be hence dismissed with costs."

The plaintiff demurred to this second plea as follows:

"Et le dit demandeur, pour réponse en droit à partie du second plaidoyer du défendeur, à savoir, à cette partie par laquelle le défendeur allègue qu'il avait légalement le pouvoir de publier les accusations contenues dans les

articles dont le demandeur se plaint, parce que les dites accusations seraient vraies, et que le demandeur pouvait, à raison d'icelles, être poursuivi criminellement, et parce que le défendeur aurait le droit de publier dans son journal toute accusation qu'il pourrait croire vraie ou fondée, et de rendre public tout fait digne de censure et de commenter ces accusations et ces faits, dans la vue d'appeler une enquête judiciaire à leur sujet et de mettre le public en garde contre la personne ainsi accusée, et aussi à cette partie du plaidoyer par laquelle le dit défendeur invoque spécialement la vérité des allégations des accusations portées contre le demandeur dans le dit journal, et comme justification de leur publication et pour atténuer le montant des dommages auxquels le défendeur pourrait être soumis par suite de leur publication, dit ;

" Que les prétentions du dit défendeur sont mal fondées en droit, et que la preuve de la vérité des dites accusations ne peut être admise, et les dites prétentions doivent être rejetées avec dépens, pour entr'autres raisons les suivantes :—

" 1o. Parceque le défendeur et son journal le 'Star' n'ont point été constitués par la Législature censeurs publics, et n'ont aucune autorité légale de porter et répandre dans le public des accusations contre les citoyens ainsi que le dit défendeur prétend avoir le droit de faire.

" 2o. Parceque le défendeur et son journal le 'Star' ne peuvent être justifiables de publier et répandre des accusations fausses et injurieuses contre les citoyens simplement parce qu'ils les croiraient fondées.

" 3o. Parceque le defendeur ne peut invoquer la vérité des accusations qu'il a portées contre le défendeur pour justifier sa conduite ou en atténuer les conséquences, attendu que les actes reprochés au demandeur par le défendeur ne sont point des actes qui se rapportent aux affaires publiques, mais bien au caractère privé d'un citoyen.

" 4o. Parcequ'en supposant vrai, ce qui n'est point admis, mais nié, que le demandeur aurait été coupable des actes qui lui sont reprochés par le défendeur dans

1883.
Graham & McLeish.

son journal, le défendeur n'avait qu'une voie, comme tous les autres citoyens, pour dénoncer ces actes à la justice, savoir, par une plainte assermentée devant un magistrat, ou un indictement devant les Grands Jurés.

"5o. Parcequ'aucune des raisons du dit plaidoyer ci-dessus mentionné sont de nature à justifier ou à attenuer l'offense dont le défendeur s'est rendu coupable vis-à-vis le demandeur par la publication des dits libelles en diffamation de caractère."

March 21, 1883.]

W. W. Robertson, *Q. C.*, for appellant:—

It is manifest that the maintenance of the judgment as it stands would operate a great legal injustice to the defendant both as an individual citizen, and as a public journalist of this city, by depriving him of an acknowledged right of defence to plead to the action, the truth of the published charges complained of in justification of his publication, and in extenuation or mitigation of the damages alleged to have been suffered by the plaintiff as the actor of them, inasmuch as the truthfulness of those charges is at the bottom of such defence, and because the rejection of his plea of justification and extenuation would render inadmissible his production of the proof of the truth referred to, in the allegations thereunder to be proved, the judgment rejecting from the record the allegations of the charges of fact and of their truth, intended to be proved by the evidence of them to be adduced.

By the common law of England a substantiated plea of the truth of a defamatory statement, whether written or spoken, is pleadable in justification of the offender, on the principle that no injury in legal comprehension can be done to a person by the mere fact of the truth being spoken of him, as shown by the civil cases determined under that law. The conclusion from the consideration of various cases under that law as shown by Elliot, is that any publication injurious to the fair character of another and not shown to have been truthfully made, is a false

1883.

Graham & McLeish.

and malicious libel. Malice in such actions consists in intentionally doing without justifiable cause that which is injurious to another and is believed to be false, until it is shown by plea to be true. The law attaches to such publication the presumption of falsehood and malice until the presumption of falsehood is met by plea of the truth, because defamation is not necessarily a lie, or until the presumption of malice is removed by showing a justifiable occurrence or motive, because when justifiable no action will lie. In proceeding criminally the criminal cases require there should be added to the plea of justification the allegation that the publication was made for the public benefit, which must be pleaded in terms whether the prosecution be by a public or private prosecutor, and which, if proved, insures the offender's acquittal from criminality. This criminal provision forms part of our Criminal Code since the Act of 1874, and only affirms for the criminal law of libel the justification allowed to defendants by the civil law of England and France for civil prosecutions in libel. But under civil process the plaintiff brings his alleged good character with him into Court, and if he condemn himself the law will not assist him with a good character for his own atrocious deed. The law of France concurs with that of England in civil process actions, and allows recourse against offenders for injurious defamations published against a person as explained by Grellet-Dumazeau in his Treatise on Defamation, where he has collected and commented all the French authorities. At page 151 that author says, "si "l'imputation cause un dommage au plaignant, alors "l'intention du prévenu est par cela seul présumée mau- "vaise *jusqu'à preuve contraire*, et c'est à lui de la fournir," or, as he says in another place, "c'est à l'inculpé à prouver "que les paroles ne sont pas injurieuses." The rebutting proof allowed necessarily implies the allegation of justification, and extenuation, and as Taylor on evidence, p. 121, sec. 103, speaking for both systems of law, says: Now in such circumstances of law the defamatory publisher subjects himself to damages by his own act unless

1883.

Graham & McLeish.

he neutralizes the effect of the defamation by circumstances mitigating its effect and reducing the damages suffered, or destroying the presumed intention with which they were published. Upon these points again both systems of law are parallel, in both systems pleas of mitigation, or innocence and justification, are allowed and involved in the very authorities themselves which refer to the subject, and which it will not be necessary to refer to here, because the second plea of the defendant and the alleged parts of it rejected by the judgment appealed from, involves justification or extenuation of the defendant legally and of right, and stand as an answer to the plaintiff's declaration, and also legally and of right offer the issue proposed by the defendant to be proved by him as his legal defence to the plaintiff's action.

That part of the plea of the defendant, of his said publication of the charges for the public benefit, adopted from the Dominion Criminal Act of 1874, was a good plea, as pleaded, independent of the criminal procedure, and might be proved upon the plain ground that if the act complained of as published is so gross and vile as to demoralize the character of its actor, every public journalist has a rightful claim to his plea of justification or mitigation of damages, because the journalist was thereby rendering the community an important service. A similar plea was pleaded by the editor defendant in the case of *Langelier* v. *Brousseau*, vol. 6 Q. L. R. 198, *et seq.*, and his publication excuse as a journalist as such was not rejected but it was not proved, the Court holding that it held no justification for the further benefit without that excuse, "and that the liberty of the press consists in the right to "publish with impunity, truth with good motives and "for justifiable ends." See also Cooper, Law of Libel p. 31.

It may be added that the parts or portions of the second plea of the defendant, within his legal right to plead, involved his rightful and legal plea of justification and extenuation by law and the practice of the Court, that they were couched in respectful and correct language,

1883.

Graham & McLeish.

and were not obnoxious to rejection and being stricken by the judgment appealed from.

Pagnuelo, Q. C., for the respondent :—

La question soulevée par cet appel n'est pas nouvelle, ni difficile à résoudre. Tous les auteurs, qui traitent de la diffamation, en parlent, et les tribunaux ont eu maintes fois l'occasion de la juger. Tous s'accordent à dire que la vérité des accusations injurieuses proférées contre un simple citoyen ne peut justifier l'injure, ni par conséquent être prouvée.

Cette proposition est surtout vraie quand l'injure revêt un caractère de gravité. Ici l'injure est atroce, l'intimé est accusé d'un crime infamant et dans des circonstances de lieu qui doivent le perdre, non-seulement de réputation comme homme moral, mais encore comme homme d'affaire. Le "Star" n'invoque comme excuse ou justification, que des prétensions insoutenables. Il se croit le *censeur* des mœurs publiques, et pense qu'il peut impunément porter les accusations les plus honteuses contre des citoyens, sur un *racontar* ramassé dans la rue, ou des informations fournies par des ennemis ou des gens sans aveu. Après avoir ainsi troublé les familles et la société, détruit l'avenir d'hommes d'affaires, il offre de leur faire un procès sur leurs mœurs ou s'excuse en disant :—"J'ai publié de bonne foi ce qu'on m'a raconté." Il n'y a pas de bonne foi possible à colporter le mensonge, la calomnie, ou même la médisance. La société n'est pas possible si les mauvaises langues ont toute liberté d'attaquer les réputations ; à plus forte raison si la presse aux mille bouches—celle surtout qui vit de scandales et de *sensation* —peut se donner libre carrière.

Dareau, "Des Injures," Ch. 1, Sect. 1, No. 5, :—"Tous "ces propos et ces récits malins qui n'ont pour objet que "l'injure, ne doivent donc pas être indifférents aux yeux "de la Justice. Ils devraient, ce semble, être plus sévère- "ment punis que les propos calomnieux, en ce qu'il est "moins difficile de détruire la calomnie, qui suppose ce "qui n'est pas, que la médisance qui objecte ce qui "est.....

1883.
Graham & McLeish.

"La justice affecte sagement de regarder les imputations, même les plus vraies, comme autant de calomnies, et, sans s'expliquer d'avantage, elle les punit suivant que la vérité en est plus ou moins apparente par elle-même, sans permettre à l'accusé, si ce n'est bien rarement (V. Ch. 10, Sect. 2, No. 13), de vérifier la réalité des imputations pour motif d'excuses; parce qu'outre qu'il il y a un surcroit d'injure d'offrir la preuve de la vérité du mal que l'on dit, c'est que, si cette vérité pouvait servir d'excuse, tous les jours ce prétexte donnerait ouverture à de nouvelles injures, qu'il est toujours prudent d'écarter."

L'auteur ajoute au Ch. 10, Sect. 2, No. 13 :—"A l'égard des imputations verbales, il faut encore distinguer, si elles n'ont été proférées que pour repousser une injure, ou si elles ont eu lieu sans qu'on fut attaqué. Au premier cas, on ne saurait douter que l'injure ainsi proférée en défendant, ne fut excusable, si elle était vraie, en observant que cette vérité doit être de notoriété ou prouvée par écrit, sans en venir à des preuves par témoins, qui ne donneraient lieu qu'à de longues contestations; mais au second cas, lorsque l'injure a lieu de *gaité de coeur*, comme on dit, et sans avoir été provoquée, la vérité n'y fait rien, quand même l'imputation tendrait à faire punir un crime public et qu'on offrirait d'en faire la preuve. C'est la remarque de Dargentré, sur l'article 627 de la nouvelle Coutume de Bretagne, où cet auteur observe qu'il a vu plusieurs exemples de punition pour injures en pareil cas, quoique le fait pût être vrai en lui-même.

"C'est sur ces principes qu'il a été jugé par Arrêt du 19 avril 1670 (rapporté par Boniface, tom. 5, liv. 3, tit. 2,) que l'imputation de faussaire faite à un greffier était punissable, quoique vraie; car, malgré que ce greffier eut subi des amendes pour avoir prévariqué, l'injuriant n'en fut pas moins condamné aux dépens, et à une amende de vingt sols.

"Par autre arrêt du 15 décembre 1679, (rapporté au Recueil des Arrêts de la Rocheslavin, liv. 1, lett. 1, tit.

"3, art. 1), un particulier, qui en avait appelé un autre '*banqueroutier*, fut condamné (quoique l'injure fut vraie) "à demander pardon à l'offensé en sa maison, et à "déclarer, en présence de six marchands et du juge, que, "mal-à-propos, etc., etc. Voyez aussi le Dictionnaire des "Arrêts au mot *Injures*, No. 4, édition de 1727."

Le même doctrine est enseignée par Denizart, *collection de Jurisp.* Vo. Injure.

Merlin, *Répert.* Vo. Injure § 3, No. 3.

DORION, CH. J. (*diss.*):—

The appellant, who in 1879 was the publisher of a newspaper called the "Star," published on the 18th March, 1879, an article headed, "A Monster's Work—A Young "Girl Enticed into a Railway Office, Drugged and Out-"raged. Ned McLeish True to His Record. An Outraged "Father Fails in an Attempt to Pistol the Fellow," in which he accuses the respondent, by name, of having committed almost every conceivable crime. For this libel the respondent has sued the appellant for $10,000 damages.

The appellant has answered this demand by alleging that the statements contained in the article were true and that he was ready to prove them.

To this plea the respondent demurred, and the Court below has maintained the demurrer and rejected the plea.

From this judgment the appellant has instituted the present appeal.

The whole question before us is whether the appellant has the right to prove the truth of the libel which he has published against the respondent.

This question must undoubtedly be determined by the rules of the French law, and it would be difficult to find a single French authority to support the doctrine that the author of a libel can justify the libel by proving the truth of the injurious statements which he has published. The contrary doctrine has universally been held; the only exceptions being when the libel is justified by the occasion on which it is published, and which makes it a pri-

1853.
Graham & McLeish.

vileged communication, or when the facts imputed to the party against whom the libel has been published have become notorious, such as would be a condemnation by a court of justice for a criminal offence.

Denizart, Vo. Injure, No. 15, says on this subject:— "Ceux contre lesquels la réparation d'une injure est "demandée, ne sont pas reçus à prouver la vérité des "paroles injurieuses; les admettre à faire cette preuve, ce "serait autoriser la diffamation. L'ordre public veut "qu'on proscrive ces sortes de preuves, qui loin de justi- "fier aggraveraient l'injure. On peut sur cela consulter "Boerius, Covaruvias, Despeisses, Chenu et Charondas."

The following passage in Guyot's Répertoire, Vo. Injure, p. 237, 1st col., is to the same effect: "Mais quelque "vraie que soit l'injure lorsqu'elle est faite ailleurs qu'en "justice, dans le dessein d'injurier, elle est punissable, "*quand même elle ferait connaître un crime* dont il convien- "drait de tirer vengeance pour l'intérêt public.'

Dareau in his traité des Injures, ch. 1, sect. 1, No. 5, and Merlin in his Répertoire, Vo. Injure, § 3, No. 3, both hold the same doctrine.

Nothing can be more applicable to the present case than these authorities, which have become the basis of our jurisprudence as regards actions for libel and for slander.

In the case of *Nickless & Brown*, the defendant, sued in damages for having stated, 1st, that the plaintiff had set fire to his own house; and 2ndly, that he had been convicted of embezzlement, pleaded the truth of his accusations, and on demurrer his plea was rejected as to the first imputation, and maintained as to the second on the ground that a conviction and sentence for a crime was a notorious fact. This case is taken from the note-book (p. 581) of the late Chief Justice Reid, who rendered the judgment on the 15th of October, 1822. A case of *McKay & St. Germain* is there cited as having been decided in the same sense.

In the case of *Bélanger & Papineau* (6 L.C.R. 415), this Court decided, in 1855, that it was not necessary that the

1883.

Graham & McLeish.

plaintiff should prove that the imputations against him were false, to enable him to recover damages.

In the case of *Noël & Chabot* (8 L.C.R. 211), the plea alleging the truth of the imputations on the character of the plaintiff was dismissed, on demurrer, by Chief Justice Meredith.

The case of *Pétrin & Larochelle* (4 R.L. 286), also supports the pretentions of the respondent.

In *Brossard & Moquin* the defendant had publicly stated that the plaintiff had committed perjury. On being sued for damages he pleaded the truth of his statements. This plea was dismissed, on demurrer, and the judgment confirmed, in appeal, on the 17th of June, 1875.

On the 5th of June, 1879, this Court unanimously reversed the judgment of the Superior Court in a case of *Hart & Thérien* (2 Leg. News, 202; 5 Q.L.R. 267), and condemned the respondent to pay $20 damages, for having unnecessarily stated in an action for professional services, that those services had been rendered to the appellant for a venereal disease. The truth of the statement was not denied, but, on the contrary, it had been admitted by the appellant, who had confessed judgment in the action in which it was made.

The case of *Gugy & Ferguson* (11 L.C.R. 409), was cited in support of the pretensions of the appellant, but the only question decided in that case was that a party could plead that the occasion on which he was accused of slandering the respondent was a privileged one, without admitting having used the expressions complained of, and in that case both Chief Justice Lafontaine and Judge Duval differed from the majority of the Court.

It is contended on behalf of the appellant, that although the truth of the libel cannot be proved as a justification, yet it can be proved in mitigation of damages. I am unable to understand how the proof of the truth of a libel can diminish the damages such a libel may have caused, and there is no authority to be found in the French books to anthorize such a distinction.

Then, it is said that the respondent having in his de-

1883.
Graham & McLeish.

claration alleged that the facts stated in the libel were untrue, therefore the appellant ought to be admitted to prove that they are true. The respondent was entitled to prove malice by showing that the appellant knew that his statements were untrue, and if the respondent adduced any evidence to that effect, then, and not until then, the appellant would have a right to rebut such evidence by proving the truth of the statement made. We have shown, however, that the respondent, in order to recover damages, is not bound to prove that the facts stated were untrue, and therefore the appellant, who is the defendant, has no right to prove that they are true unless the plaintiff had first entered into this evidence.

For these reasons, I am unable to concur in the judgment about to be rendered, and by which the judgment of the Court below will be reversed, and the appellant allowed to enter into proof of the truth of the facts by him stated in the impugned article.

BABY, J. (*diss.*):—

I am obliged to express my concurrence in the doctrine laid down by the Chief Justice. The contrary view has never been admitted in the French Courts. McLeish was accused of committing a crime. The "Star" published the charge, and when an action was brought against the publisher, he merely said, "I have a right in the public interest to publish this, and to prove its truth." There are some journals at the present day which, in the pursuit of sensation, have no respect for the privacy of families. So long as they can gratify the craving of their readers for exciting news they care not what injury they work. The Court should do nothing to sanction journalism of this type. I think the answer in law should be maintained and the judgment confirmed.

CROSS, J. (for the majority of the Court):—

McLeish brought an action of damages against the publisher of the "Star" newspaper for libel, in which it was alleged that the libellous matter was false and malicious, and was published with the intention to injure and ruin the plaintiff, respondent.

1883.
Graham & McLeish.

The defendant (appellant) pleaded that he had only given the substance of a common rumor; besides, what he had stated was in fact true, that it had been stated without any malice or intention to injure, but as information which the public had an interest in being informed of, and he, as a journalist, communicated to them in the public interest; that if not entirely excusable, yet he had a right to plead the truth, at least in mitigation of damages.

The respondent demurred, objecting to that part of the plea which contended for the right to prove the truth of the libellous matter.

The Superior Court sustained the demurrer in terms rejecting so much of the plea as alleged and claimed the right to prove the truth of the libellous statements.

Thus there was no specific part of the plea rejected, no particular paragraph struck out, but only a principle laid down without any specific application to any particular part of the document impugned.

This is an unscientific and illogical form of pleading, consequently the judgment thereon can only amount to a general direction to be followed by the judge who is to try the case, to observe certain principles in the admission or exclusion of evidence; no specific part of the plea being rejected, it is, therefore, impossible to determine from the judgment what particular part of it is to stand.

As regards the objection to the allegation of the truth of the libellous matter, the question came squarely up in this Court in the case of *Gugy* v. *Ferguson* (11 L.C.R. 409), where the defamation consisted of the imputation "you are a perjured scoundrel," and the Court sustained the plea of its truth alleged in mitigation of damages. It does not appear by the report with what, or if with any palliation of circumstances the matter was pleaded; if may therefore be assumed to have been a less favorable case than the present; at all events the Court sustained the plea and the principle. Another case has since been determined at Quebec in the same sense, *Langelier* v. *Brousseau*, 6 Q.L.R. 198 (S.C. 1880), and I have always

1883.
Graham & McLeish.

understood that the impression at Montreal was, that truth could be pleaded in mitigation of damages in libel cases.

It is true that in almost every French authority we find it stated that truth does not justify a libel, an axiom in which I entirely concur; but I see nothing in any of them to prevent the truth being alleged as a palliation or mitigation of damages, as the result in fact may prove it to be. In certain circumstances it may prove exactly the reverse. I presume it will scarcely be disputed that a defendant may help to prove a plaintiff's case; the plea may succeed in bringing out the animus by which the libel was inspired. In such case the plea of truth might prove an aggravation, although the defendant might have intended the reverse.

The plaintiff has full scope to allege the libel with all the attendant circumstances of malice and intention to injure. Why should the defendant not have the like opportunity to explain the circumstances in which he was placed, and the motives which prompted his action? If in regard to these his mouth has to be closed, he is to a certain extent placed at the mercy of his antagonist.

I do not see how justice can be so well accomplished in such cases as by a narration and proof, by each of the parties, of the circumstances, leaving the tribunal to judge of the good or bad faith of the litigants, thus affording the best criterion for the measure of damages, if any have been sustained.

I will content myself by citing one or two authorities to illustrate my meaning. Take, for instance, Merlin, in his Rép. de Jur., *vo.* Injure, §3. He begins by remarking: "On ne doit point regarder comme injure, ce qui a été dit "ou fait *sans aucun dessein d'injurier.*" He then gives several examples of slander which from the circumstances he considers perfectly excusable. First, the Sieur Duval, whose sister-in-law, living in the house with him, had a sum of money stolen from her. He took two witnesses and searched the house; the money was found in the *paillasse* of the bed of his two female servants. One of

them asked who could have put it there? He replied, "It must have been you;" and observing one weep, he said to her, "It must have been you." They left his service and prosecuted him, obtaining his condemnation to a fine, but in the Cour de Cassation the judgment against him was set aside.

The next, la Dame Deüster prosecuted by the Sieur Weiss for spreading the report that he and his family had the itch. She excused herself by saying she had told her friends so as to avoid contamination. She was fined; but the Cour de Cassation annulled the judgment against her.

Next, the mayor of Merxheim called a Calvanistic clergyman an ass; he was condemned, but the judgment had the same fate as the others in the Cour de Cassation.

The next was that of a bailiff who had served a judgment for le Sieur Brunenghé, whom he asked for his fees, and in return was accused of having committed an irregularity and forgery in his procedure. It appears that without the Sieur Brunenghé's consent this bailiff had been substituted in the place of another who was to have made the service. There were circumstances of suspicion as to the regularity of the bailiff's proceedings; the consequence was that the condemnation he obtained had no better fate than the others in the Cour de Cassation.

In these cases the circumstances must have been all pleaded and proved, otherwise the Court could not have been informed of them.

Merlin then goes on to state, "Une question que les "auteurs ont fort agitée, de savoir si la vérité de l'injure "doit excuser celui qui l'a proférée. Mais quelque vraie "que soit l'injure, lorsqu'elle est faite *dans le dessein d'injurier*, elle est punissable quand même elle ferait con-"naître un crime dont il conviendrait de tirer vengeance "pour l'intérêt public."

I will supplement this by a citation from les arrêts de Brillon, *vo.* Injure, t. 2, p. 442: "L'injure *etiam* de chose "vraie est défendue quand elle se dit *convitiis causa et injuria*

1883. Graham & McLeish.

"*riando animo si non convitiis,* L. *de injur.*, parce que "l'honnêteté publique et la civile conversation en est "offensée, qui ne permet pas que l'on s'injurie l'un l'au- "tre."

It follows, I think, that when the defendant denies the intention to injure, and states the circumstances, the allegation of the truth cannot be excluded from these circumstances, nor can a plea be rejected on demurrer because it contains such an averment, with circumstances of excuse or justification.

It is a graver question how far and in what manner proof may be admitted of this truth. The tendency of modern ideas is to admit this proof, although it may be not as an entire justification. It is now admitted in criminal cases where the truth is alleged, and it is further alleged that it was for the public benefit that the matters charged should be published, and the particular fact or facts stated, whereby it was for the public benefit; when, if properly pleaded, it becomes a question for the jury to determine on the proof.

Experience demonstrates that there may be malicious truth. Moral actions are only to be estimated by their motives, and truth spoken with an injurious purpose partakes of the nature and engages in the guilt of falsehood; but truth may be honestly spoken with a view to warn the public against the injurious example of bad actions and to promote a moral sense by which public opinion is moved to the suppression of vice. The appellant, as a journalist, naturally publishes events which are of general interest; he has no title to be a public censor, but if he confines himself to an honest statement of facts in regard to events which for general advantage it is well should be known, he may believe that he can take the risk of submitting to a Court or jury as to whether his acts have been blamable or otherwise. He may be willing to take this risk.

The majority of the Court are of opinion that the demurrer in this case was improperly sustained; that in place of being maintained it should have been overruled.

We therefore reverse the judgment of the Superior Court and dismiss the demurrer.

The judgment of the Court of Appeal is registered as follows:—

"The Court, etc.....

"Considering that the demurrer, or *défense en droit*, produced in this cause by the respondent to part of the appellant's second plea, does not indicate or specify any particular paragraph or distinct portion of said plea, which might be susceptible of being struck out as illegal;

"Considering that said plea in manner and form as pleaded ought not to be rejected on demurrer;

"Considering, therefore, that there is error in the judgment rendered in this cause by the Superior Court at Montreal, on the 31st of May, 1880, rejecting part of said plea, the Court now here doth cancel, annul, and set aside the said judgment, and proceeding to render the judgment which the said Superior Court ought to have rendered, doth dismiss the said demurrer or *défense en droit* of the respondent, but without costs in the said Superior Court; and it is further considered and adjudged that the appellant do recover from the respondent the costs of this Court on the present appeal. The Hon. Ch. Justice and Mr. Justice Baby dissenting."

Judgment reversed.

Robertson & Fleet, for appellant.

Pagnuelo & St-Jean, for respondent.

(J. K.)

June 20, 1888.

Coram DORION, CH. J., TESSIER, CROSS, CHURCH, JJ.

HUGH GRAHAM ET AL.,
(*Defendants in Court below*),
APPELLANTS;

AND

JOSEPH O. DAOUST,
(*Plaintiff in Court below*),
RESPONDENT.

Libel—Dismissal of public official—Publication of fact by newspaper with explanation of cause of dismissal—Pleading truth of statement.

HELD:—(Reversing the decision of MATHIEU, J., 4 S. C. 49), that the acts of every public official are subject to fair and legitimate criticism by the press and the general public; that the dismissal of a public official is a matter of general interest of which the public are entitled to be informed; and the announcement of such dismissal and of the cause thereof, is not ground for an action of damages, except in cases where it appears that the publication was made maliciously and with intention to injure. It is for the Court, or for the jury (if the case be tried before a jury) to determine, on the evidence, whether the publication complained of was made maliciously and with intention to injure, and the truth or untruth of the facts is one of the most important circumstances to be considered in arriving at a decision on this point; therefore a plea alleging the truth of the publication is not demurrable.

The defendants moved (April 7, 1888), for leave to appeal from the interlocutory judgment rendered by the Superior Court, Montreal (MATHIEU, J.), March 27, 1888, rejecting a plea in which the defendants pleaded the truth of the matter charged as libellous by the plaintiff. The judgment of the Court below is reported in M. L. R., 4 S. C. 49. The motion was granted, and the parties having been heard (May 16, 1888), on the merits of the appeal, judgment was reserved.

June 20, 1888.]

1888.

Graham & Daoust.

DORION, Ch. J. (for the Court) :—

This is an action of damages for libel. Daoust, the plaintiff (now respondent), had been employed in the office of the prothonotary of the Superior Court for seventeen years, when, on the 6th October, 1887, he was dismissed. On the 7th, the *Star* published an article in these terms: "*Court House sensation — Political Pull at an end — Another* "*clerk dismissed.* — Mr. Olivier Daoust has occupied a "sinecure in the prothonotary's office for nearly seventeen "years. Appointed in March, 1870, he was, yesterday, "dismissed for general neglect of duty. Probably no "other in the department gave such general dissatisfac- "tion as did the dismissed clerk. He has been for years "in charge of one of the most important branches of the "service, as custodian of the Superior Court records. "There is scarcely a lawyer at the bar who, at one time "or other, had not to complain of him. Records and "papers seemed to disappear as by enchantment, and "often cases have been retarded for months till the "record could be found. Nothing, however, would pre- "vent Mr. Daoust from following the even tenor of his "way. He had a political pull and knew it. His father "is a member of the House of Commons for the county "of Two Mountains, and sits on the right side. But reform "in Court House circles, it would seem, has come to stay, "and Mr. Daoust is the second to succumb. Everybody "says, 'served him right.'"

This is the article of which Daoust complains.

The proprietors of the *Star* pleaded that Daoust was a public officer; that he was dismissed for dereliction of duty; that it was a matter of public interest; and that they intended to prove the truth of what they had said.

The plaintiff demurred to this plea, and the judge in the Court below said, 'You have no right to plead the truth of the imputations contained in the article, in justification of the publication.' This Court is of opinion that the decision is an interference with the liberty of the

1888.
Graham & Daoust.

press. The public had an interest in being informed that Daoust was no longer an officer employed in the court house. Suppose that he had been wrongfully dismissed, would the *Star* have been liable in damages for publishing the fact of his dismissal? Certainly not. The exception is when the publication is malicious and with intent to injure; and this is a question for the jury. If the charge were published ten years after the dismissal, the occasion would no longer be privileged. But at the time of its occurrence, it was right and just that a newspaper should mention and comment upon the fact of the dismissal.

The judgment will, therefore, be reversed, and the appellants will be allowed to prove their plea. If the statements made in it are shown to be true, Daoust will have to submit to the consequences of his own wrong-doing. If some parts are shown to be untrue, then Daoust will be entitled to such damages as the jury may allow.

The judgment of the Court is recorded as follows:—

"La Cour, etc.....

"Considérant que l'intimé, demandeur en cour de première instance, se plaint par sa déclaration que les appelants ont publié contre lui, le 7 octobre 1887, dans le journal '*The Montreal Daily Star*,' dont ils sont propriétaires, un libelle diffamatoire, à raison duquel l'intimé réclame une condamnation en dommages et intérêt contre eux;

"Et considérant que les dits appelants ont plaidé à cette action que l'intimé qui pendant dix-sept ans avait été employé au greffe de la Cour Supérieure dans le district de Montréal, avait été destitué pour incompétence; qu'ils n'avaient fait que commenter de bonne foi et sans malice la conduite de l'intimé en sa qualité officielle, et les actes qui avaient conduit à sa destitution, et que les assertions contenues dans l'article dont se plaint l'intimé étaient vraies;

"Et considérant que sur une réponse en droit la Cour de première instance a renvoyé partie des exceptions des appelants, en maintenant qu'il n'était pas permis à une

1888.

Graham & Daoust.

partie, accusée de diffamation, de prouver la vérité des faits qui font le sujet de la demande en dommages ;

" Et considérant que les actes de tout officier public sont sujets à une juste et légitime critique de la part de la presse et du public en général ; que la destitution d'un officier public est un sujet d'intérêt général que le public a intérêt de connaître, et que la publication d'une telle destitution et des causes qui l'ont motivée ne peut donner lieu à une réclamation en dommages que dans le cas que d'après les circonstances une telle publication aurait été faite par malice et avec l'intention de nuire ;

" Considérant que c'est au tribunal et au jury, si le procès a lieu devant un jury, à déterminer d'après l'ensemble de la preuve si la publication incriminée a été faite par malice et avec l'intention de nuire, et que la vérité et la fausseté des faits est une des circonstances les plus importantes pour déterminer si les appelants ont en publiant l'article dont se plaint l'intimé, agi avec malice et dans l'intention de lui nuire ;

" Et considérant que sous ces circonstances la partie des exceptions des appelants qui a été rejetée, n'aurait pas dû l'être sur une réponse en droit, et qu'il y a erreur dans le jugement rendu par la Cour de première instance le 27 mars 1888, à Montréal ;

" Cette Cour casse et annule le dit jugement du 27 mars 1888, et procédant à rendre le jugement que la dite Cour de première instance aurait dû rendre, cette Cour renvoie les réponses en droit de l'intimé aux exceptions de l'appelant, avec dépens sur la dite réponse en droit tant en Cour de première instance que sur l'appel, les frais en appel à être taxés comme dans une cause de troisième classe."

Judgment reversed.

Pagnuelo, Taillon, Bonin & Gouin, for appellants.

Loranger & Beaudin, for respondent.

(J. K.)

March 27, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CHURCH, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

F. X. A. TRUDEL,

(*Principal deft. and incidental plff. below*),

APPELLANT;

AND

CHARLES T. VIAU,

(*Principal plff. and incidental deft. below*),

RESPONDENT.

Libel—Compensation—Plea—Notoriety of imputations.

HELD:—1. A defendant sued in damages for libel, cannot plead compensation by damages suffered by him from calumnious attacks made upon him by the plaintiff.

2. (DORION, Ch. J., *diss.*), The notoriety of the facts contained in the publication complained of, may be pleaded in mitigation of damages.

APPEAL from an interlocutory judgment of the Superior Court, Montreal, (MATHIEU, J.), May 4, 1888, in the following terms:—

"La Cour, après avoir entendu les parties par leurs avocats sur la réponse en droit du demandeur, ainsi que sur la réplique en droit du défendeur, et sur la réponse en droit partielle du demandeur incident, examiné la procédure et délibéré;

"Attendu que le demandeur réclame du défendeur par son action la somme de $5,000 comme dommages lui résultant de la publication d'un écrit diffamatoire dans le journal du défendeur appelé l'*Etendard*, en date du 13 octobre dernier;

"Attendu que par son deuxième plaidoyer le défendeur a plaidé que le demandeur lui a causé du dommage, à lui personnellement et au journal l'*Etendard* dans lequel il est grandement intéressé, par des discours tenus par le dit demandeur, injurieux et dommageables pour lui et

son journal, lesquels dommages il offre en compensation ;

" Attendu que le demandeur a, par une réponse en droit, demandé le rejet du dit plaidoyer parce qu'il n'y a pas de compensation légale pour les dommages non liquidés réclamés et opposés par le défendeur, parce que la plus grande partie de ces dommages est prescrite, et parce que les injures que le demandeur reproche au défendeur ont été, suivant lui, adressées indistinctement au défendeur et à son journal l'*Etendard*, et que le défendeur ne peut réclamer pour dommages causés à l'*Etendard* ;

" Attendu que le défendeur a, par une réplique en droit partielle à la deuxième réponse plaidée par le demandeur au deuxième plaidoyer du défendeur, et intitulée, autre réponse au dit plaidoyer, demandé le rejet des allégations de la dite deuxième réponse, depuis les mots se trouvant au milieu du verso du folio 2, savoir : ' tout ce ' qu'il a pu dire du défendeur ou du journal l'*Etendard* ' était justifié par les faits, les circonstances,' jusqu'à et non compris les mots, ' tout ce que le demandeur a pu ' dire sur le compte du dit journal, sur ses principes, ses ' tendances et ses alliances était matière d'opinion et privi- ' légié ;' parce que le demandeur, niant avoir tenu les propos qu'on lui reproche, ne peut en prouver la vérité, parce que la preuve de ces propos ne peut être faite comme justification, et parce que ces allégations sont trop vagues ;

" Attendu que le demandeur incident a par une réponse en droit partielle à la défense du défendeur incident, demandé le rejet des allégations de la défense du défendeur incident depuis les mots suivant dans la quatrième ligne du folio 4, ' et tout ce qu'il a pu dire du demandeur ' incident et du journal l'*Etendard*, était justifiable par les ' faits et les circonstances,' jusqu'à et non compris l'alinéa qui commence par les mots suivants : ' Que tout ce que ' le défendeur incident a pu dire sur le compte du dit ' journal, sur ses principes,' parce que le défendeur incident niant les propos qu'on lui reproche, ne peut en prouver la vérité, et que la vérité de ces propos ne peut être prouvée comme justification ;

1889.
Trudel & Viau.

"Sur la réponse en droit du demandeur au deuxième plaidoyer du défendeur ;

"Considérant que par l'article 1188 du Code Civil, la compensation s'opère de plein droit entre deux dettes également liquides et exigibles ;

"Considérant qu'une réclamation en dommages, n'étant pas liquide, ne peut être opposée en compensation, et qu'il ne peut y avoir de compensation entre deux dettes qui ne sont ni l'une ni l'autre liquides ;

"A maintenu et maintient la dite réponse en droit, et a renvoyé et renvoie le dit deuxième plaidoyer du défendeur ;

"Sur la réplique en droit partielle du défendeur à la deuxième réponse plaidée par le dit demandeur au deuxième plaidoyer du défendeur ;

"Considérant que le dit deuxième plaidoyer a été renvoyé comme susdit, et que la dite réplique en droit n'a plus sa raison d'être, vu que la réponse à un plaidoyer rejeté doit être considérée comme non avenue ;

"A déclaré et déclare non avenue la dite deuxième réponse du demandeur au deuxième plaidoyer du défendeur, et la dite réplique en droit à la dite réponse ;

"Sur la réponse en droit partielle à la défense du défendeur incident ;

"Considérant que la preuve de la vérité des imputations contenues dans les propos reprochés au défendeur incident ne peut être faite comme justification des imputations faites dans les dits propos, mais que la notoriété de ces imputations peut être prouvée en mitigation des dommages ;

"A maintenu et maintient la dite réponse en droit partielle quant aux allégations tendant à prouver la vérité des dites imputations, et la renvoie quant aux allégations tendant à établir la notoriété des faits contenus dans les dits propos, dépens compensés."

On May 25, 1888, Trudel, principal defendant and incidental plaintiff, moved for leave to appeal from the above judgment. Argument was heard May 26, and judgment

was reserved. On September 22, 1888, leave to appeal was granted, the Court, however, refraining from pronouncing any opinion upon the merits of the judgment of the Court below.

Jan. 23, 1889.]

Lamothe for the appellant.

Bonin for the respondent.

March 27, 1889.]

DORION, Ch. J. (*diss.*) :—

Viau sued the appellant for damages, for having written and published in the journal l'*Etendard* an article accusing Viau of being a fraudulent bankrupt, and of having made a fortune by fraudulent bankruptcies.

The appellant pleaded that for more than five years Viau had not ceased to calumniate him and his journal l'*Etendard* ; that he had suffered $30,000 damages, which he reduced to $15,000, and offered in compensation of the damages which Viau might have a right to claim by reason of the publication of the article.

Viau, respondent, demurred on the ground that the pretended damages were not *clairs ni liquides* and could not be offered in compensation. This demurrer was maintained.

The appellant Trudel also brought an incidental demand, alleging that Viau had calumniated him, and claiming damages. The incidental defendant Viau pleaded the truth of the facts alleged, and to this plea Trudel the incidental plaintiff demurred on the ground that the truth could not be pleaded in justification.

The Court below maintained the demurrer as far as the plea of the truth was concerned, but held that the notoriety of the facts might be proved in mitigation of damages. Trudel has appealed from this judgment.

I am of opinion that neither the truth nor the notoriety of the facts is a good plea. In *Rolland & Jodoin* (2 L. C. L. J. 20), this Court condemned a creditor who called out to his debtor on the street, "paie tes dettes." It seems to me that the principle which should regulate these cases is

1889.
Trudel & Vian.

this: when it is a matter of public interest the defendant is permitted to prove the truth of the publication. I think that the appeal should be maintained.

BOSSÉ, J.:—

Ces deux causes (1) viennent premièrement sur une motion pour permission d'appeler d'un jugement qui avait adjugé sur diverses inscriptions en droit et défenses en droit présentées respectivement par les parties, tant sur l'action principale et les plaidoyers à icelle, que sur une demande incidente et les défenses à cette demande incidente; et deuxièmement d'un jugement sur une défense en droit adjugeant sur des prétentions de même nature.

Les deux causes sont analogues, et dans chacune se soulèvent les questions de savoir: 1o. Si un défendeur poursuivi pour libelle peut plaider compensation par des dommages à lui résultant d'injures proférées par le demandeur, et éteindre ainsi la dette résultant de dommages aussi causés par des injures, et si, dans les circonstances données, un défendeur peut opposer à la demande de dommages, et comme justification, le fait que l'article imputé, et réputé injurieux, était vrai et notoirement connu.

Sur la première question, il ne peut guère y avoir difficulté.

De tout temps le défendeur a pu opposer à la demande pour dommages résultant d'injures, les injures réciproques, la mitigation d'injures en résultant, et la compensation de l'injure par l'injure. Ce n'était que dire que les parties s'étant fait justice elles-mêmes n'avaient plus ensuite de recours devant les tribunaux.

Mais ce n'est pas le plaidoyer dont il s'agit ici. Le défendeur met en cause qu'il en est résulté des dommages dont il se plaint, et offre ces dommages en compensation de la somme qui lui est réclamée par l'action; il offre de compenser une dette ni claire, ni liquide, ni facile à liquider par une autre dette ni claire, ni liquide, et non plus facile à liquider.

(1) The other cause referred to is *Trudel & Cie. d'Imprimerie*, decided at the same time. See next report.

1889.

Trudel & Viau.

Sous l'article de notre Code pareille compensation n'est pas reconnue, et ces plaidoyers me paraissent partant devoir être écartés.

Quant à la seconde question se rapportant au plaidoyer de vérité et de notoriété des faits imputés, je crois que les principes qui la régissent peuvent se résumer comme suit :

Tout le monde admet que l'injure peut être plus ou moins grave suivant les circonstances de lieu, de temps, de personnes et d'occasion ; ce sont les circonstances qui ont précédé ou qui accompagnent l'injure qui en déterminent la gravité, et qui font décider du montant de la compensation à être accordée.

Ainsi la provocation mitige ou même excuse l'injure.

La réciprocité d'injures fait décider la même chose.

L'occasion justifiable fait exonérer le défendeur. Et si sa malice ou sa bonne foi sont un des éléments les plus importants dans l'appréciation des dommages, la vérité à lui connue du fait qu'il représente n'est-elle pas un des éléments pour décider de sa bonne foi. Et la notoriété du fait n'est-elle pas à considérer pour savoir, s'il y a eu dommage, et pour fixer le montant de la compensation à être accordé comme réparation du dommage causé.

D'une part il n'est pas permis sans cause ni provocation, mais de sang froid et dans le but de nuire, de reprocher un crime commis. Autrement le repentir de la faute, le rachat d'une erreur par de longues années d'une existence méritoire ne seraient plus possibles.

D'autre part la vérité du fait imputé peut être quelques fois justifiée par les circonstances ; d'autres fois rendue excusable à un dégré plus ou moins grand par d'autres circonstances de notoriété ou de provocation, ou même dans certains cas dans la discussion d'articles de journaux sur des matières d'intérêt public.

Elle est un élément dans l'appréciation de la question de savoir s'il y a eu malice, comme elle est un élément dans l'appréciation du montant des dommages à être accordés.

Proscrire dans tous les cas le plaidoyer de vérité serait accorder une prime au coupable, et l'imputation du fait

1869. Trudel & Viau.

illicite ou coupable deviendrait pour lui une source certaine de revenus.

Ainsi donc pas de règle absolue en cette matière. Les circonstances et toutes les circonstances de vérité et d'occasion, de même que celles où l'intérêt public demandait la divulgation de l'offense, doivent être mises au dossier pour que le tribunal puisse apprécier s'il y a eu malice dans l'imputation du fait, si cette imputation peut être justifiée ou si elle peut être excusée à un dégré plus ou moins grand, et enfin quelle est la gravité du dommage causé et quel est le montant de la réparation à être accordée.

Enfin la notoriété seule n'excuse pas. Celui qui répète le libelle n'est pas justifiable pour cela seul qu'il n'a fait que répéter ce que la malice des autres a pu inventer. Il ne peut prétendre qu'à une mitigation de dommages que les circonstances pourraient lui donner droit d'invoquer. Mais, si à la notoriété s'ajoute la discussion de la chose publique, la bonne foi et la vérité du fait imputé, je ne puis me refuser à l'admettre comme un élément important au procès en diffamation où elle sera souvent une raison additionnelle de mitigation.

Tout ceci n'est pas nouveau : on en retrouve la trace dans l'ancien droit. Dareau, Injures, vol. 1, ch. 10, sec. 2, No. 13, nous en donne un exemple applicable à l'espèce. De plus la mitigation résultant des circonstances et de la position des parties était constamment appliquée dans les gradations des peines imposées pour offenses aux personnes plus ou moins haut placées dans la société.

Dans le nouveau droit français il ne peut y avoir doute qu'une défense de cette nature y soit constamment admise quelque fois comme une excuse, quelque fois comme mitigation. *Vide* 36 Dalloz, Rep. Vo. Presse-Outrage, No. 1324 à 1335.

Merlin, Rep. Vo. Compensation, 2. Parag. 13, p. 639.

Merlin, Rep. Parag. 3, p. 108.

20 Laurent, No. 492.

36 Dalloz, Vo. Presse-Outrage, No. 1489 *et seq.*

2 Grellet du Mazeau, No. 809, p. 128.

Les causes, *Bélanger & Papineau*, 6 L. C. R., p. 415, *Pétrin & Larochelle*, 4 Rev. Lég., p. 286, *Noel & Chabot*, 8 L. C. R., p. 211, et *Hart & Thérien*, (1) ont été citées comme admettant la théorie que ni la vérité ni la notoriété excusent. Mais je ne puis trouver dans aucune d'elles l'assertion de cette doctrine.

D'autres causes au contraire et en grand nombre, notamment la dernière, *Graham & McLeish*, (2) reconnaissent la valeur du plaidoyer de mitigation et même d'excuse résultant de la vérité accompagnée de bonne foi, surtout lorsqu'il s'agit de choses notoires ou de faits qui peuvent concerner la morale ou l'intérêt public.

En appliquant ces principes aux deux causes dont il s'agit ici, nous arrivons aux diverses décisions mentionnées dans les considérants des jugements de cette Cour et de la Cour inférieure auxquels ils réfèrent.

The judgment of the Court is as follows :—

" La Cour, etc.....

" Considérant qu'il n'y a pas mal jugé dans le jugement rendu par la Cour Supérieure siégeant à Montréal le 4me de mai 1888, et dont est appel, confirme le dit jugement avec dépens contre l'appelant en faveur du dit intimé (*dissentiente* l'hon. Sir A. A. DORION, J. C.)

Judgment confirmed.

Trudel, Charbonneau & Lamothe, for appellant.

Pagnuelo, Taillon & Bonin, for respondent.

(J. K.)

(1) 2 Leg. News, 202; 5 Q. L. R. 267.

(2) *Ante* p. 475.

March 27, 1889.

Coram DORION, Ch. J., TESSIER, CHURCH, BOSSÉ, DOHERTY, JJ.

TRUDEL v. LA COMPAGNIE D'IMPRIMERIE ET DE PUBLICATION DU CANADA.

Libel—Plea of justification—Truth of matter charged as libel—Compensation of wrongs.

HELD:—(Affirming the judgment of JOHNSON, Ch. J., 5 S.C. 297), 1. That in an action of damages for the publication of a libel the defendant may plead the truth of the matter charged as libel, more especially where (as in this case) he alleges that the publication was made in the interest of the public, and concerning matters of public import.

2. The defendant may oppose to a demand of damages for libel or slander, the fact that the plaintiff on his part libelled the defendant. and that there is *compensation d'injures*, where the attack and defence are alleged to have been simultaneous, as in a discussion between the editors of two newspapers in the columns of their respective journals

The plaintiff moved (Jan. 23, 1889) for leave to appeal from the interlocutory judgment rendered by JOHNSON, J., Jan. 12, 1889, and reported in M. L. R., 5 S.C. 297.

BOSSÉ, J., delivered judgment rejecting the motion, (See remarks referring to this case in the opinion of Bossé, J., published in the preceding report of *Trudel & Viau.*)

DORION, Ch. J., concurred in the judgment rejecting the motion, because it was pleaded in this case that the alleged libel was published in the interest of the public, and concerning matters of public import.

The judgment of the Court was as follows:—

" La Cour ayant entendu les parties par leurs avocats sur la requête de l'hon. F. X. A. Trudel, demandeur en cour de première instance, demandant à ce qu'il lui soit permis d'interjeter appel du jugement interlocutoire rendu en cette cause par la Cour Supérieure à Montréal le 12 janvier dernier, renvoyant les réponses en droit du dit demandeur aux deux plaidoyers de justification de libelle produits par la défenderesse, et la réponse en droit du dit

demandeur au plaidoyer de compensation, et murement délibéré;

" Rejette la dite requête avec dépens."

Motion for leave to appeal rejected.

Lamothe, for plaintiff moving.

Girouard, Q. C., contra.

(J. K.)

June 26, 1889.

Coram DORION Ch. J., CROSS, BABY, CHURCH, BOSSÉ, J.J.

DAME HORTENSE LEDUC,

v.

HUGH GRAHAM.

Libel—Pleading truth of matter charged as libellous.

HELD:—(Following *Graham & McLeish, ante*, p. 475, and *Trudel & Viau, ante*, p. 502), That in an action of damages for malicious libel, the truth of the alleged libel may be pleaded in justification, or in mitigation of damages.

The case came up on a motion of the plaintiff for leave to appeal from an interlocutory judgment of the Superior Court, Montreal (LORANGER, J.), May 20, 1889, ordering proof *avant faire droit* on a *réponse en droit* to defendant's plea.

The plaintiff, Dame Hortense Leduc, complained of a publication in the "Star." She alleged that in 1883 she was married in Montreal to F. J. Prume; that this marriage was subsequently dissolved by judicial decree in Belgium, May 26, 1888, which had at least the effect of a *séparation de corps* in this province; that on the 23rd of November, 1887, the defendant, publisher of the "Star," published in his journal the following article:

"*A Wife's Peril—Tempted and Duped by a Polish Count in Paris—The Sad Story of a Young Montreal Lady who Forsakes her Husband in the Gay Capital.*

1889.

Leduc v. Graham.

"Musical circles in Montreal and Paris are excited over a scandal that has occurred between one of their members and a Polish count in the latter city, resulting in a deserted husband and an application for divorce. Some years ago a celebrated virtuoso, very well known in this city, took to himself as second wife a beautiful creature, a Montrealer, herself a musician, and together they sought Paris as the Mecca of fame. The beauty of the young wife, who is not even now much over twenty, attracted the attention of one of those many Parisians with the inclination to indulge themselves, the leisure in which to do so, the money by which to accomplish it, and the hardness of conscience not to notice the wrong-doing. For days he followed her in the streets of Paris, thinking how to obtain the introduction necessary to work his purpose. At last he resolved upon a bold stroke, relying upon the young wife's innocence and trustfulness in the world to assist him. On one of the many boulevards of Paris he saw her, one day, and, springing from his carriage, approached her. His own evil soul had not yet had time to undo the good influences of more ascetic ancestors, and he still appeared a respectable man.

"'Pardon, Madame,' he said, 'I know I am transgressing the law of politeness in thus addressing you, but you so strikingly resemble a dead child of my own that my fatherly heart has gone out towards you. In great emotions the rules of the world must be ignored. Let this be my excuse for such rudeness.'

"The young *musicienne* could not doubt for an instant that the benevolent gentleman before her meant what he said. She pardoned him and prepared to pass on. But this was not what 'January' wanted of 'May.' He asked her if she would not promise to visit him at his house, saying that he was old and lonely, and the sound of a voice to recall that of the dead would be sweet to him. The young wife replied that she certainly could not continue such an intimacy without her husband sharing in it. Ah! Madame, you must bring him with you. I insist upon knowing 'him,' was the answer.

"Husband and wife visited the Count and were made so welcome that the visits were repeated. The 'nobleman' made his influence felt in the outer world to assist the couple, who congratulated themselves upon having gained so powerful a patron. But men do not work for nothing, Counts especially. One day as the three were promenading the spacious halls of the chateau, he turned to his friends and said: 'You see here great wealth, luxury upon luxury in art and in literature. I have lackeys at my beck and call, and when you leave here you say to yourselves how happy he is and how powerful! Yet I am neither happy nor powerful, for I am alone in this magnificence and not powerful enough to persuade any one for whom I care to live here with me! But you, *mes amis*, will you not reside with me and help me to that happiness that without you I cannot obtain?'

"Who could resist? They came and dwelt with him, and slowly the web was wound about the beautiful and once innocent wife, and at last the *dénouement* came. The husband returned to Canada to ease the grief that he feels; the wife still resides in Paris, and, her sin exposed, glories in it, while M. le Comte soothes her twinges of conscience with a diamond necklace one day, a bracelet the next, and a dress from Worth the day

after. It is said the wife is seeking a divorce to become Madame la Comtesse. Her mother, who resides in Montreal, has left for Paris to induce her to return home. To what extent her mission has proved successful has not yet been made known. The young wife was educated at one of the most fashionable convents of the Dominion, where she went through a brilliant course of musical studies."

The plaintiff alleged that she was the person referred to in this article, and that this was well known to the readers of the paper; that the article was false and defamatory; $10,000 damages were claimed.

The defendant pleaded that the facts contained in the article were true and well known in Paris; that it was previously published in a Parisian newspaper called "Gil Blas," and the plaintiff had not brought an action against that journal; that she is a musician, and as such is a public person, and the defendant had a right to criticise her private conduct.

The plaintiff answered in law, that even if the facts stated in the article were true and notorious, that would not be a justification, and could not be pleaded in defence to the action.

The Court below (LORANGER, J.) ordered proof *avant faire droit.*

The plaintiff moved for leave to appeal.

DORION, Ch., J. (*diss.*):—

This is a motion for leave to appeal from a judgment which ordered proof *avant faire droit*, on a demurrer to a plea of justification of a libel.

The plaintiff is a lady residing in France. An article appeared in the "Star" stating that she had been living with a man not her husband. On this an action of damages was brought. The plea is a justification. A demurrer was filed by the plaintiff to the plea, and judgment ordering proof *avant faire droit* was rendered. This judgment is equivalent to admitting that the truth of the allegation charged as libellous can be pleaded and proved. I have already expressed my opinion very strongly against that doctrine in *Trudel & Viau.* I was in the minority, and I

1889.
Leduc
v.
Graham.

am bound by that judgment. In this case I find that Mr. Justice Bossé takes the same view as I do,—that the truth of the facts cannot be pleaded. I would hold that it is not the truth—that it is the occasion which is the justification. Here it is urged by the defendant, 'as this is true I have a right to put it on the record and prove it in mitigation of damages.' Mr. Justice Bossé dissents from that, and I, therefore, enter my dissent also. If I had been alone I would not have done so, as I think the case is so like that of *Trudel & Viau* that we should follow the decision of the majority in that case. But hereafter I shall consider myself bound by the present decision, and shall hold that the truth of the libel may be pleaded in defence to the action.

The dissent of Bossé, J., who was not present at the delivery of the judgment, was entered by the Clerk of the Court.

CROSS, J. (for the majority of the Court):—

I have little to say in this case, as the question has already been decided two or three times by this Court, and I am disposed to adhere to the doctrine which has been laid down as the most rational that can be followed in these cases.

Here the plaintiff is a lady. A newspaper describes her career, which is not very creditable to her. She has left her husband, and she now appears before the public as a musical performer.

The publisher of the "Star" pleads that he copied the article complained of, from another journal; that he did this innocently, in the public interest, as a matter of news, and for the protection of the public. He adds to this that he stands before the Court, and is ready to prove the truth of the facts alleged.

There is a demurrer to this on the ground that the truth of the libel cannot be pleaded or proved.

The judge in the Court below ordered proof *avant faire droit*, and it is from this decision that the plaintiff applies to this Court for leave to appeal.

1889.

Leduc v. Graham.

It is enough to say in the present case that there have been several decisions by this Court, holding that the truth of the alleged libel may be pleaded, if not in entire justification, at all events in mitigation of damages. In *Ferguson & Gilmour*, *Mousseau & Dougall*, *Graham & McLeish*, (*ante*, p. 475), it was held that the truth of the allegations can be proved. I appreciate the reason given by the Chief Justice, that it is the occasion and not the truth which constitutes the justification. But the occasion ought to be stated in every case, as it may be important in mitigation of damages.

The subject is discussed in Borthwick on libel, under the Scotch law. He concludes by admitting that the truth may be pleaded, in contradistinction to the rule in England.

If the circumstances of the case were not allowed to be exposed, where would the defendant be in such a case as the present one? He would figure as the traducer of a woman, and would be assumed to be in fault.

It is all very well to say that the proof might be admissible under the general issue. But is it not fairer to the plaintiff that the facts should be specified in the plea, that she may know what she will have to meet? Who will deny that this woman is entitled to very much less damages if the facts alleged are true? If the truth affects the *quantum* of damages, the defendant should be allowed to allege it. It seems to me that according to the French law the occasion and circumstances are always entered into, so as to determine the *quantum* of damages. I am strongly of opinion that the proper judgment is to allow the plea to stand, and to hold that the truth of what is charged as a libel may be pleaded and proved.

CHURCH, J.:—

As I concurred in the previous decision of *Trudel & Viau* I concur also in this.

The judgment of the Court is as follows:—

"La cour après avoir entendu les parties par leurs avocats sur la requête de la demanderesse dans cette

1889.

Leduc & Graham.

action, qui est une action en dommage pour libelle, pour obtenir permission d'appeler d'un jugement interlocutoire rendu par la Cour Supérieure à Montréal le 20 mai dernier, par lequel jugement la cour de première instance, sans adjuger sur la réponse en droit opposée par la demanderesse au plaidoyer du défendeur affirmant la vérité des faits rapportés dans l'écrit incriminé, a ordonné preuve avant faire droit, et murement délibéré ;

"Rejette la dit requête avec dépens (*Dissentientibus* l'hon. Sir A. A. Dorion, J.C., et M. le juge Bossé.)"

Leave to appeal refused.

Béique, Lafontaine & Turgeon, for plaintiff moving.

Greenshields, Guerin & Greenshields, for defendant.

(J. K.)

INDEX, 5 Q. B.

ACTION.

Joint action by the insurers and owner of buildings destroyed by fire.] *See* RAILWAY, 122.

AGENT. *See* PRINCIPAL AND AGENT.

ALIMENT.

Obligation to furnish—Right of defendant to call in others responsible with him.] Although the obligation to furnish aliment is not indivisible or joint and several, in the ordinary meaning of the terms, yet the person from whom aliment is sought has a right to call into the cause all who may be in law responsible with him for the providing of such aliment. *Mainville & Corbeil*, 90.

APPEAL.

Interlocutory judgment.] *See* PROCEDURE, 23.

—— *Involving costs only.*] *See* PROCEDURE, 151.

—— *Objection raised for first time in appeal—Costs.*] *See* PROCEDURE, 108.

—— *On question of costs.*] An appeal will be entertained on a question of costs where the Court below, in adjudicating on the costs, proceeded upon a wrong principle. *McCartney & Linsley*, 455.

ATTORNEY AD LITEM. *See* PROCEDURE, 1,239.

BANK.

Deposit after suspension.] *See* INSOLVENCY, 407.

BILLS AND NOTES.

Illegal consideration.] *See* ELECTION LAW, 332.

BILL OF LADING.

See CARRIER, 224.

BOUNDS.

Uncertain bounds—Claim for trees cut.] *See* EVIDENCE, 300.

CARRIER.

Negligence—Presumption — Bill of Lading — Exception—Evidence—Onus Probandi—Art. 1675, *C.C.*] (1.) It is sufficient for the shipper to prove the reception of the goods by the carrier, and that they have not been delivered to the consignee, to place upon the carrier the burden of proving that the loss was caused by a fortuitous event or irresistible force, or has arisen from a defect in the goods or thing itself. (2.) The fact that the bill of lading contained a clause exempting the carrier from responsibility for "the acts of God, the Queen's enemies, fire, and all and every the dangers and accidents of the seas, rivers, and navigation of

CARRIER—*Continued.*

whatsoever nature and kind," does not necessarily cast the burden of proof on the plaintiff,—so far, at least, as to oblige him to make proof of the carrier's negligence by his evidence in chief. (3.) The exception "dangers and accidents of the seas, rivers and navigation of whatsoever nature and kind," covers only such losses as are of an extraordinary nature, or arise from some irresistible force which cannot be guarded against by the ordinary exertion of human skill and prudence. (4.) The sinking of a steamer at the entrance to a canal, on a calm clear night, was not such an accident. *Compagnie de Navigation R. & O. & Fortier*, 224.

—— *Loss of goods—Responsibility—Evidence.*] (1.) A carrier is responsible for loss or damage to goods intrusted to him, when he is unable to show that the loss was caused by irresistible force or by a defect in the thing itself. (2.) The burden of proving irresistible force, or defect in the thing, is on the carrier. (3.) A carrier who contracts to carry goods, and receives the freight, is responsible for the goods to the place of destination, notwithstanding the fact that on the road he transferred them, with the consent of the owner, to another carrier, to be by him carried on to their destination. *Ouimet & Canadian Express Co.*, 292.

CHEMIST. *See* RESPONSIBILITY, 5.

COLLATERAL SECURITY. *See* INSOLVENCY, 407, 425.

COLLOCATION. *See* INSOLVENCY, 407, 425.

COMMISSION OF AGENT. *See* PRINCIPAL AND AGENT, 451.

COMPENSATION.

In cases of libel.] *See* LIBEL AND SLANDER, 502, 510.

COSTS.

See PROCEDURE, 239, 455.

CHURCH.

Exemption from taxes.] *See* TAX, 20.

DAMAGES.

Interruption of business.] The loss caused by the interruption of the business of a person whose premises have been destroyed by the fall of his neighbour's wall, may be considered in the estimate of damages. *Evans & Lemieux*, 112.

—— *Malicious proceedings—Injunction allowed after notice and subsequently dissolved—Prête-nom—Malice—Reasonable and probable cause—Injunction Act, Q.*, 41 *V. c.* 14.] (Cross, J., diss.):—(1.) No action lies for damages resulting from the issue of an injunction, unless such proceeding has been taken maliciously and without probable cause. (2.) The terms of the Statute, 41 Vict. (Q.) cap. 14, sec. 4, providing that the writ of injunction shall not issue unless the person applying therefor first gives good and sufficient security "for the costs and damages which the defendant, or the "person against whom the writ of injunction is directed, may

DAMAGES—*Continued.*

"suffer by reason of the issue thereof," are not to be construed as giving a right to damages *pleno jure* from the mere fact of the dissolution of the injunction, and without proof that the petitioner for injunction acted maliciously and without probable cause. (3.) When a temporary injunction is allowed to issue after due notice to the defendant, and when an opportunity is thus afforded him of rebutting the charges contained in the petition for injunction, such defendant cannot subsequently claim damages for the improvident issue of the writ, if he neglects to avail himself of the opportunity of denying these charges before the writ issues. (4.) The fact of the petitioner for injunction being a *prête-nom* for others, who are not proved to represent an adverse interest or to have acted maliciously, cannot afford any presumption of malice or of want of probable cause against such petitioner. *Montreal Street R. Co. & Ritchie*, 77.

DEBENTURES. *See* PLEDGE, 461.

DONATION.

Registration—Arts. 806, 807, 808 *C.C.*] The *don mutuel d'usufruit* between future consorts, by their contract of marriage, in favor of the survivor, is subject to registration. *Marchessault & Durand*, 364.

DROIT DE BANALITÉ. *See* SERVITUDE, 167.

ELECTION LAW.

38 *Vict.* (*Q.*) *s.* 266 (*R.S.Q.* § 425)—*Promissory note—Promise referring to an election fund.*] The respondent made his promissory note payable to his own order, and endorsed and delivered the same to appellants, who got it discounted; and the proceeds were applied to an election fund of which the respondent was treasurer, the fund being used in promoting the election of members of the Provincial Legislative Assembly. There was an understanding that the appellants would take up the note at maturity, as their contribution to the election fund. The appellants having failed to take up the note it was paid by respondent. In an action by the latter against appellants: *held*, that the respondent had no right to recover the amount of the note from the appellants, a promise or undertaking in any way referring to an election fund being void under 38 Vict. (Q.) s. 266, now R. S. Q. § 425. *St. Louis & Senécal*, 332.

EVIDENCE.

Hearsay.] *See* RESPONSIBILITY, 5.

—— *Onus probandi.*] *See* CARRIER, 224.

—— *Supplemental oath.*] *See* RESPONSIBILITY, 5.

—— *Uncertain bounds—Claim for trees cut.*] Where persons are occupying lands which have never been marked off by a regular survey, and one of them, instead of bringing an action *en bornage* to settle the limits of his property, sues a neighbour for the value of trees alleged to have been cut by him upon plaintiff's land, it

EVIDENCE—*Continued.*

is incumbent on the plaintiff to make it clear by positive testimony that the trees were in fact cut upon his land; and if, upon the reports of surveyors, uncertainty exists as to the limits of the respective properties, the doubt must be interpreted against the plaintiff. *Milliken & Bourget*, 300.

—— *See* CARRIER, 292.

EXECUTOR.

Execution of will.] A testamentary executor, who has fulfilled the requirements of the will, and has left the movables of a substitution, created thereby, in the possession of the tutor to the institute (a minor), has no action against the tutor, upon the death of the institute within a year and a day from the death of the testator, to revendicate these effects for distribution among the substitutes,—the tutor being bound to account only to the substitutes or to the curator to the substitution. *Marchessault & Durand*, 364.

—— *Power to substitute—Liability for misappropriation by agent.*] Affirming the decision of JOHNSON, J., M. L. R., 4 S. C. 92, (1.) While an executrix, who is also appointed administrator of the estate for a long term of years, has power to substitute another person for the management of the affairs of the estate, the executrix is bound to exercise supervision over the acts of the person so appointed, and cannot divest herself of her personal responsibility, if she fails to take all due precautions. (2.) An executrix cannot escape liability for the misappropriations committed by her agent, by simply establishing that such agent was a notary of excellent standing in the community; and the immunity granted to the mandatary empowered to substitute (under Art. 1711, C.C.) does not apply to a testamentary executrix. (3.) In the present case the executrix had acted carelessly and without due precaution in making cheques payable to her agent instead of to the borrowers on the proposed mortgages, and in signing deeds without sufficiently examining their contents. *Low & Gemley*, 186.

EXEMPTION FROM TAXES. *See* TAX, 20.

FRAUD.

Conveyance of real property.] (1.) An onerous deed of conveyance of real estate followed by possession, will not be set aside at the suit of a chirographary creditor as fraudulent and simulated, where the transferor was perfectly solvent at the time the deed was made, though his circumstances became embarrassed before the same was registered four years subsequently. (2.) The date of the deed, which was *sous seing privé*, might be established against a third party by legal proof, and was so proved in the present case. *Eastern Townships Bank & Bishop*, 216.

—— *Sale of insolvent estate.*] *See* INSOLVENCY, 260.

INCORPORATED CITY.

Damages resulting from neglect to maintain road.] *See* PRESCRIPTION, 266.

INDIAN.

Seizure of goods.] *See* PROCEDURE, 33.

INJUNCTION.

Damages for issue of.] *See* DAMAGES, 77.

IMMOVABLE.

Factory.] *See* PARTNERSHIP, 384.

INSOLVENCY.

Distribution of estate—Privilege—Winding up Act—Deposit with Bank after suspension.] (1.) A creditor is not entitled to rank for the full amount of his claim upon the separate estates of insolvent debtors jointly and severally liable for the amount of the debt; but is obliged to deduct from his claim the amount previously received from the estates of other parties jointly and severally liable therefor. (2.) A person who makes a deposit with a bank after its suspension, the deposit consisting of cheques of third parties drawn on and accepted by the bank in question, is not entitled to be paid by privilege the amount of such deposit. *Ontario Bank & Chaplin*, 407.

—— *Claim against insolvent—Notes and goods held as collateral security—Collocation.*] (Reversing the judgment of the Court of Review, M. L. R., 2 S. C. 338.) A creditor who holds notes or merchandise as collateral security, is not entitled to be collocated upon the estate of his debtor in liquidation, under a voluntary assignment, for the full amount of his claim, but is obliged to deduct any sums he may have received from other parties liable upon such notes, or which he may have realized upon the goods; and it does not matter at what time such sums have been received on account, provided it is before the day appointed for the distribution of the assets of the estate on which the claim is made. *Thibaudeau & Benning*, 425.

—— *Fraud— Sale of insolvent estate by assignee—Collusion between persons who had tendered—Remedy of creditors—Distribution of amount recovered as damages.*] (1.) Where a person who had tendered for the purchase of an insolvent estate, and who had put in two bids, and acting in collusion with the insolvent, bought off a higher bidder in order that his own lowest tender might be accepted; *held*, that this artifice was a fraud upon the creditors of the estate, and they, or any one of them, might recover from such bidder the amount of damage caused thereby to the estate. (2.) Two or more independent firms, creditors of the insolvent, may unite in such action, and claim one money condemnation. (3.) But the amount recovered in such action is an asset of the estate, and must be distributed as such, and cannot be wholly paid to the creditors who instituted the suit. *Jacobs & Ransom*, 260.

—— *Liquidator—Petition for discharge.*] Where the liquidator to an insurance company, petitioned for his discharge as liquidator, and it appeared that he had appropriated to himself, from the funds received, an amount exceeding the remuneration fixed by the

INSOLVENCY—*Continued.*

Court, and the evidence did not disclose the exact amount in which he was indebted to the estate, the Court refused to grant his discharge, without fixing any amount to be paid by him as a condition of obtaining his discharge. *Plender & Fitzgerald*, 446.

—— *Promise of sale — Not accepted until after insolvency of promissor.*] Several persons having claims against a railway company, executed an agreement to deliver to one G. the debentures of the company held by them, on payment of the respective amounts shown opposite their respective names. It was proved that this agreement was executed at G.'s request, but it was not accepted nor acted upon by G. until after the insolvency and death of P., one of the signatories; *held*, that an acceptance of the agreement by G. and a transfer of his rights thereunder to a third person, after the insolvency and death of P., could not bind P.'s estate. *Pauzé & Senécal*, 461.

INSURANCE, FIRE.

Joint action of damages by insurance company and owner of buildings burned.] *See* RAILWAY, 122.

—— *Loss, if any, payable to person named in policy—Conditions of policy—Breach by owner of property—Preliminary proofs of loss.*] (CROSS and DOHERTY, JJ., *diss.*), Following *Black & National Ins. Co.*, 24 L. C. J. 65, Where a policy of insurance against fire, taken out by the owner of real property, declares that the loss, if any, is payable to a person named therein, (without specifying the nature of his interest) such person becomes thereby the party insured, to the extent of his interest, and his right cannot be destroyed or impaired by any act of the owner of the property; (*e.g.* an assignment of the property insured without notice to the company); and he may make the preliminary proofs of loss in his own behalf notwithstanding an express provision in the policy to the contrary. *National Assurance Co. of Ireland & Harris*, 345.

INTERDICTION.

Party interdicted during pendency of suit—Continuation of proceedings.] *See* PROCEDURE, 108.

INTERLOCUTORY JUDGMENT.

Appeal.] *See* PROCEDURE, 23.

LEGATEE.

Usufructuary legatee — Administration—Security.] A usufructuary legatee who is specially exempted by the will from the obligation of giving security, will not be ordered by the Court to do so, on the demand of the *nus-propriétaires*, unless his administration, or the change in his financial position, be such as to put the interests of the *nus-propriétaires* in jeopardy, which, in the opinion of the majority of the Court, was not the case here. *Dorion & Dorion*, 247.

LIBEL AND SLANDER.

Mercantile agency—Incorrect report of standing—Communicated to subscriber—Privilege.] (CROSS, J., *diss.*) Affirming the decision of WURTELE, J., M. L. R., 3 S. C. 345, Persons carrying on a mercantile agency are responsible for the damage caused to a person in business by an incorrect report made by them concerning his standing; and such report is not privileged though it be only communicated confidentially to a single subscriber to the agency, on his application for information. A communication relating to purely civil matters (as in this case) to be privileged must be based on the truth of the facts to which it relates. *Dun & Cossette*, 42.

—— *Pleading truth of matter charged as libel.*] In a plea to an action of damages for libel, where the defendant denies the intention to injure, he may allege the truth of the matter charged as libel in mitigation of damages. *Graham & McLeish*, 475.

—— *Dismissal of public official—Publication of fact by newspaper with explanation of cause of dismissal—Pleading truth of statement.*] The acts of every public official are subject to fair and legitimate criticism by the press and the general public. The dismissal of a public official is a matter of general interest of which the public are entitled to be informed; and a plea alleging the truth of the statement published is not demurrable. *Graham & Daoust*, 498.

—— *Plea—Compensation—Notoriety.*] (1.) A defendant sued in damages for libel, cannot plead compensation by damages suffered by him from calumnious attacks made upon him by the plaintiff on other occasions. (2.) The notoriety of the facts contained in the publication complained of, may be pleaded in mitigation of damages. *Trudel & Viau*, 502.

—— *Plea of justification—Truth of matter charged as libel—Compensation of wrongs.*] (Affirming the judgment of JOHNSON, Ch. J., 5 S. C. 297), (1.) In an action of damages for the publication of a libel the defendant may plead the truth of the matter charged as libel, more especially where he alleges that the publication was made in the interest of the public, and concerning matters of public import. (2.) The defendant may oppose to a demand of damages for libel or slander, the fact that the plaintiff on his part libelled the defendant, and that there is *compensation d'injures*, where the attack and defence are alleged to have been simultaneous, as in a discussion between the editors of two newspapers in the columns of their respective journals. *Trudel* v. *Cie. d'Imprimerie, etc.*, 510.

—— *Pleading truth of matter charged as libellous.*] In an action of damages for malicious libel, the truth of the alleged libel may be pleaded in justification, or in mitigation of damages. *Leduc* v. *Graham*, 511.

LICITATION. *See* PARTNERSHIP, 384.

LIMITATION. *See* PRESCRIPTION.

LIQUIDATOR. *See* QUANTUM MERUIT, 446; INSOLVENCY, 446.

MALICIOUS PROCEEDINGS. *See* DAMAGES, 77.

MANDATARY. *See* TRUST, 273.

MERCANTILE AGENCY. *See* LIBEL AND SLANDER, 42.

MINOR.

Shares subscribed by mandatary in trust for minor.] *See* TRUST, 273.

MOULIN BANAL. *See* SERVITUDE, 167.

MUNICIPAL LAW.

Member of Council personally interested.] The charter of the town of St. Johns declares that a member of the Council who is personally interested in a question before the Council shall not have the right to vote thereon. *Held*, that this debarred a member of the Council from voting for the issue of a restaurant license to a firm of which he was a member, and that a resolution carried by a majority of one, including his vote, in favor of issuing such license, is a nullity. *Stéfani & Monbleau*, 23.

NEGLIGENCE.

Street Railway—Collision between tramway car and cart—Negligence of conductor of car—Responsibility of employer.] (Affirming the decision of the Court of Review, M. L. R., 4 S. C. 193), The respondent, a passenger on a street car, while standing on the platform or step of the car, was injured by a passing cart loaded with planks, *held*, that as the immediate cause of the accident was the conductor's want of vigilance in failing to stop the car (as he might have done) in time to avoid the collision, the appellants, his employers, were responsible. The fact that the respondent was standing on the platform at the time of the accident did not relieve the appellants from responsibility, inasmuch as the car was crowded, and he was permitted to stand there by the conductor, who had collected fare from him while he was in that position. *Compagnie de Chemin de Fer Urbain & Wilscam*, 340.

—— *See* CARRIER, 224; RESPONSIBILITY, 5.

OBLIGATION.

Indivisible.] *See* ALIMENT, 90.

—— *Void for violence and fear—Arts. 994-996, C.C.*] Threats to a woman in a weak state of health, and feeble bodily and mentally, that she would be turned out of her property, unless she signed an obligation and hypothec, constituted violence and fear within the meaning of Arts. 994, 995, C.C., and were a cause of nullity in the obligation executed in such circumstances, and without consideration. *Kerr & Davis*, 156.

PARTNERSHIP.

Dissolution—Factory built by firm on land of one partner—Sale by licitation—Art. 1562, C.C.] Where two persons carried on the business of manufacturing cheese in partnership, and for the purposes of the business a factory was erected on the land of one of the partners, for which land a rent was paid by the firm; *held*, that on the dissolution of the partnership, and after the settlement

PARTNERSHIP—*Continued.*

of its affairs except as to the factory, the factory so erected belonged in common to the partners; and the partner on whose land the factory was erected was entitled under art. 1562 C.C., (if the buildings, in the opinion of experts, were not susceptible of convenient partition), to have them sold by licitation, to the highest bidder, with obligation on the purchaser to remove the same, and the price divided between the partners. *Sangster & Hood*, 384.

—— *Participation in profits—Arts.* 1830, 1831, *C.C.*] The appellant lent $3,000 to P., to start him in business, which was carried on under the name of P. & Co. By the agreement, appellant was to have six per cent. interest on the amount of the loan, and P. was to draw $800 per annum for living expenses. At the expiration of seven years (or on the death of P. before that time) the appellant was to get back the amount of his loan, and the net profits of the business were to be equally divided. *Held*, that a partnership was created, and appellant became liable for the debts of the business. *Davie & Sylvestre*, 143.

PHARMACY ACT. *See* RESPONSIBILITY, 5.

PLEDGE.

Art. 1975, *C.C.*] In order to have the benefit of Art. 1975, C.C.,—which provides that "if another debt be contracted after the "pledging of the thing and become due before that for which the "pledge was given, the creditor is not obliged to restore the "thing until both debts are paid,"—the creditor must plead this defence specially. *Pauzé & Senécal*, 461.

—— *Debentures—Value.*] Where debentures are deposited with a creditor as security for a specific debt due to him by the depositor, and the debt is tendered to the creditor, the latter is obliged, in default of restoring the thing pledged, to pay the value of the debentures at the time the restitution is demanded; and, where no proof is made to the contrary, this will be assumed to be their nominal or par value. *Pauzé & Senécal*, 461.

POSSESSION.

Right of co-ownership.] Joint use of a thing, where one of the parties enjoys the use under a title obliging him to pay an annual sum for such use, cannot confer a right of co-ownership, however long such joint use may have lasted. *Archambault & Poitras*, 167.

PRESCRIPTION.

Actions of damages against railways.] *See* RAILWAY, 122.

—— *Action by minor for account of tutorship, after giving a release and discharge.*] *See* TUTOR AND MINOR, 307.

—— *Incorporated City—C.S.C. ch.* 85, *s.* 3—*Damages resulting from neglect to maintain road—Limitation of three months need not be pleaded.*] (1.) Section 3 of C.S.C., ch. 85, (R.S.Q. 4616, § 3) applies to the City of Sherbrooke; and no action of damages thereunder can be

PRESCRIPTION—*Continued.*

maintained unless brought within three months after the same have been sustained. (2.) The Court is obliged to apply the prescription though not pleaded by the defendant. *Corporation of Sherbrooke & Dufort*, 266.

PRINCIPAL AND AGENT.

Sale—Agent—Quantum meruit—Commission.] The appellant charged the respondent with the sale in his behalf of certain real property, and it was agreed that he should have three months to effect a sale. A few days before the expiration of the three months the appellant exchanged the property for another, owned by his brother-in-law, receiving $4,200 to boot, and the brother-in-law sold the same property for $10,700. *Held*, (1.) That the property having been alienated by the appellant before the expiration of the three months, the respondent was entitled to the usual commission of 2½ per cent. on the value obtained, although it did not appear that he had done anything to facilitate the disposal of the property. (2.) That the exchange being an alienation equivalent to sale, the respondent was entitled to his commission upon the whole value, $10,700, and not merely upon the $4,200 received to boot. *Carle & Parent*, 451.

—— *Liability of executrix for misappropriation by agent.*] *See* EXECUTOR, 186.

—— *See* TRUST, 273.

PRIVILEGE. *See* INSOLVENCY, 407.

PROBABLE CAUSE. *Issue of injunction.*] *See* DAMAGES, 77.

PROCEDURE.

Appeal—Interlocutory judgment.] Where a party appealing from a final judgment is desirous of appealing at the same time from interlocutory judgments rendered in the cause, mention thereof must be made in the writ and reasons of appeal, unless the question decided by the interlocutory judgment be also involved in the final judgment. *Stéfani & Monbleau*, 23.

—— *Appeal involving costs only.*] Where the Court below enunciates an erroneous principle in the adjudication of costs, the Court of Appeal will reverse the decision, though the appeal involves costs only. *Prowse & Nicholson*, 151; *McCartney & Linsley*, 455.

—— *Attorney—Costs—Distraction—Saisie-arrêt.*] (1.) Distraction of costs granted to a party's attorney vests the attorney alone with the right to claim such costs, as long as the client has not obtained from the attorney a transfer followed by service on the adverse party. (2.) An execution taken in the name of the attorney *distrayant's* client, against the adverse party, is null, even if it has been issued upon the *fiat* of the attorney *distrayant*, if such execution was not preceded by the transfer and notice above mentioned. (3.) The claim for costs of the attorney *distrayant*, due by the adverse party, is subject to the same laws as apply to ordinary debts with regard to transfer, service and subrogation.

PROCEDURE—*Continued.*

(4.) When an attachment by garnishment, *saisie-arrêt*, has been served upon the judgment debtor for costs, by a creditor of the attorney *distrayant*, the attorney *distrayant's* client cannot, by alleging payment by him to his attorney, or transfer by his attorney to him of said costs, claim the same in his own name, to the prejudice of the attorney's seizing creditor, if notice of such payment and transfer has not been served upon the judgment debtor before the attachment by garnishment was issued. (5.) In such a case the judgment debtor is not obliged, before judgment is rendered upon the attachment by garnishment of the attorney's creditor, to deposit in Court, to be paid to whom it may appertain, the amount of such costs, but on the contrary must retain the same in his own hands, as he is ordered to do by the writ of attachment by garnishment, until the Court may decide thereon. *Milette & Gibson*, 239.

—— *Costs—Appeal on question of—Tender—Recovery of portion of amount sued for.*] (1.) Where the plaintiff sued for $774 and the defendant tendered $334, but without costs, and the tender was held sufficient as to principal, but the plaintiff proceeded with the suit for the whole amount, the plaintiff should be condemned to pay all costs after filing plea, including costs of *enquête*. (2.) A judgment, which condemns the plaintiff who succeeds for part of the amount sued for, to pay the defendant costs of contestation as of an action for a sum representing the difference between the amount sued for and the amount recovered, is erroneous in principle, and such an adjudication as to costs is not within the discretion allowed the Court by Art. 478, C.C.P. *McCartney & Linsley*, 455.

—— *Costs—Contestation between husband and wife.*] Where the defendant called his wife into the cause, and after the dismissal of the principal action, the suit was continued between the husband and wife, and carried to the Court of Appeal, notwithstanding that the pecuniary interest was extremely small, and the litigation appeared to be prolonged for the gratification of mutual ill-feeling, the Court has a discretion under Art. 478, C.C.P., to compensate the costs, and put the parties *hors de Cour*, each paying his own costs. *Mainville & Corbeil*, 90.

—— *Demurrer.*] A demurrer to part of a plea should indicate the particular paragraph or portion demurred to, and a judgment maintaining such demurrer should specify the portion struck out. *Graham & McLeish*, 475.

—— *Firm of Attorneys ad litem—Death of one of the partners.*] Where a party to a suit is represented by a firm of attorneys, he continues to be legally represented by the remaining members, after the death or promotion to the bench of one of the firm. *Stearns & Ross*, 1.

—— *Injunction.*] *See* DAMAGES, 77.

—— *Interdiction of party for prodigality during pendency of suit—Conti-*

PRESCRIPTION—*Continued.*

maintained unless brought within three months after the same have been sustained. (2.) The Court is obliged to apply the prescription though not pleaded by the defendant. *Corporation of Sherbrooke & Dufort*, 266.

PRINCIPAL AND AGENT.

Sale—Agent—Quantum meruit—Commission.] The appellant charged the respondent with the sale in his behalf of certain real property, and it was agreed that he should have three months to effect a sale. A few days before the expiration of the three months the appellant exchanged the property for another, owned by his brother-in-law, receiving $4,200 to boot, and the brother-in-law sold the same property for $10,700. *Held*, (1.) That the property having been alienated by the appellant before the expiration of the three months, the respondent was entitled to the usual commission of 2½ per cent. on the value obtained, although it did not appear that he had done anything to facilitate the disposal of the property. (2.) That the exchange being an alienation equivalent to sale, the respondent was entitled to his commission upon the whole value, $10,700, and not merely upon the $4,200 received to boot. *Carle & Parent*, 451.

—— *Liability of executrix for misappropriation by agent.*] *See* EXECUTOR, 186.

—— *See* TRUST, 273.

PRIVILEGE. *See* INSOLVENCY, 407.

PROBABLE CAUSE. *Issue of injunction.*] *See* DAMAGES, 77.

PROCEDURE.

Appeal—Interlocutory judgment.] Where a party appealing from a final judgment is desirous of appealing at the same time from interlocutory judgments rendered in the cause, mention thereof must be made in the writ and reasons of appeal, unless the question decided by the interlocutory judgment be also involved in the final judgment. *Stéfani & Monbleau*, 23.

—— *Appeal involving costs only.*] Where the Court below enunciates an erroneous principle in the adjudication of costs, the Court of Appeal will reverse the decision, though the appeal involves costs only. *Prowse & Nicholson*, 151; *McCartney & Linsley*, 455.

—— *Attorney—Costs—Distraction—Saisie-arrêt.*] (1.) Distraction of costs granted to a party's attorney vests the attorney alone with the right to claim such costs, as long as the client has not obtained from the attorney a transfer followed by service on the adverse party. (2.) An execution taken in the name of the attorney *distrayant's* client, against the adverse party, is null, even if it has been issued upon the *fiat* of the attorney *distrayant*, if such execution was not preceded by the transfer and notice above mentioned. (3.) The claim for costs of the attorney *distrayant*, due by the adverse party, is subject to the same laws as apply to ordinary debts with regard to transfer, service and subrogation.

PROCEDURE—*Continued.*

(4.) When an attachment by garnishment, *saisie-arrêt*, has been served upon the judgment debtor for costs, by a creditor of the attorney *distrayant*, the attorney *distrayant's* client cannot, by alleging payment by him to his attorney, or transfer by his attorney to him of said costs, claim the same in his own name, to the prejudice of the attorney's seizing creditor, if notice of such payment and transfer has not been served upon the judgment debtor before the attachment by garnishment was issued. (5.) In such a case the judgment debtor is not obliged, before judgment is rendered upon the attachment by garnishment of the attorney's creditor, to deposit in Court, to be paid to whom it may appertain, the amount of such costs, but on the contrary must retain the same in his own hands, as he is ordered to do by the writ of attachment by garnishment, until the Court may decide thereon. *Milette & Gibson*, 239.

—— *Costs—Appeal on question of—Tender—Recovery of portion of amount sued for.*] (1.) Where the plaintiff sued for $774 and the defendant tendered $334, but without costs, and the tender was held sufficient as to principal, but the plaintiff proceeded with the suit for the whole amount, the plaintiff should be condemned to pay all costs after filing plea, including costs of *enquête*. (2.) A judgment, which condemns the plaintiff who succeeds for part of the amount sued for, to pay the defendant costs of contestation as of an action for a sum representing the difference between the amount sued for and the amount recovered, is erroneous in principle, and such an adjudication as to costs is not within the discretion allowed the Court by Art. 478, C.C.P. *McCartney & Linsley*, 455.

—— *Costs—Contestation between husband and wife.*] Where the defendant called his wife into the cause, and after the dismissal of the principal action, the suit was continued between the husband and wife, and carried to the Court of Appeal, notwithstanding that the pecuniary interest was extremely small, and the litigation appeared to be prolonged for the gratification of mutual ill-feeling, the Court has a discretion under Art. 478, C.C.P., to compensate the costs, and put the parties *hors de Cour*, each paying his own costs. *Mainville & Corbeil*, 90.

—— *Demurrer.*] A demurrer to part of a plea should indicate the particular paragraph or portion demurred to, and a judgment maintaining such demurrer should specify the portion struck out. *Graham & McLeish*, 475.

—— *Firm of Attorneys ad litem—Death of one of the partners.*] Where a party to a suit is represented by a firm of attorneys, he continues to be legally represented by the remaining members, after the death or promotion to the bench of one of the firm. *Stearns & Ross*, 1.

—— *Injunction.*] *See* DAMAGES, 77.

—— *Interdiction of party for prodigality during pendency of suit—Conti-*

PROCEDURE—*Continued.*

nuation of proceedings—Costs.] (1.) Where a party to a suit is interdicted for prodigality *pendente lite*, he ceases to be capable of any further proceeding in the cause, and the *instance* must be taken up in his behalf by the curator appointed to him. (2.) An intervention in the suit by the curator, for the purpose of assisting the interdict, is of no effect; and an appeal by the interdict, so assisted by the curator, will be rejected. (3.) Where the opposite party has only raised the objection to the irregularity of the proceedings by his factum and argument on the appeal, no costs will be allowed to him on the dismissal of the appeal. *Greene & Mappin*, 108.

—— *Prohibition, Writ of—When it may issue—Seizure of goods of Indian—Jurisdiction—Indian Act, R. S., ch. 43, s. 78.*] (1.) A writ of prohibition can be issued from the Superior Court to an inferior tribunal, only when the inferior tribunal is exceeding its jurisdiction, or is acting without jurisdiction. (2.) A Commissioner's Court has jurisdiction to hear and determine a cause against an Indian, and to issue a writ of execution upon the judgment rendered in such cause; and the fact that goods have been seized which are by law declared to be exempt from seizure does not justify the issue of a writ of prohibition to the Court from which the execution issued. (3.) The proper proceeding in such circumstances is an opposition *afin d'annuler*. *Cherrier & Terihonkow*, 33.

PROHIBITION, WRIT OF. *See* PROCEDURE, 33.

PROMISSORY NOTE. *See* ELECTION LAW, 332.

QUANTUM MERUIT.

Remuneration of Liquidator.] The Court, in taxing the remuneration of a liquidator to an insolvent company, will take into consideration the nature of the services rendered; and where it appeared that the services for the most part were such as might have been performed by any ordinary competent book-keeper, it was held that $7 per day was an adequate remuneration. *Plender & Fitzgerald*, 446.

—— *See* PRINCIPAL AND AGENT, 451.

RAILWAY.

Damage caused by sparks from locomotive—Responsibility of Company—Prescription—Joint action by insurers and owner of buildings destroyed.] (1.) (Following *Grand Trunk Railway Co. & Meegan*, M.L.R., 1 Q.B. 364), A railway company is responsible for damage caused by sparks escaping from its locomotives, even where the company has complied with all the requirements of the law, and has used the most approved appliances to prevent the escape of sparks. (2.) The insurers who have paid part of the loss, and are subrogated *pro tanto*, and the owner of the buildings destroyed, may sue jointly for damages, for their respective claims. (3.) The prescription of one year under 43-44 Vict. (Q.) c. 24, s. 6,

RAILWAY—*Continued.*

applicable to claims for damages against provincial railways, applies where the damage was caused by a train of a company under provincial control, though the train was running at the time on a portion of the line of a federal railway company over which the former had running rights. (4.) The same prescription applies though the provincial railway before the accident occurred, had been transferred by 46 Vict. (D) c. 9, s. 27, to Dominion control. *North Shore R. Co. & McWillie*, 122.

REGISTRATION.

Donation.] The *don mutuel d'usufruit* between future consorts, by their contract of marriage, in favor of the survivor, is subject to registration. *Marchessault & Durand*, 364.

RESPONSIBILITY.

Art. 1055, *C.C.—Fall of wall—Caused by defect of construction.*] Where one of the walls of a burned building falls, not solely as a consequence of the fire, but because of an original defect in its construction, the owner is responsible for the damage caused by its ruin. *Evans & Lemieux*, 112.

— *Responsibility of chemist—Negligence—Hearsay evidence—Supplemental oath.*] (Affirming the decision of DAVIDSON, J., M.L.R., 4 S.C. 4) (1.) A chemist who leaves his shop in charge of an apprentice not qualified under the Quebec Pharmacy Act to mix prescriptions, is guilty of *faute*, and an explosion of chemicals occurring during his absence, the presumption is against him, and he will be liable in damages therefor unless he rebuts the presumption. (2.) The apprentice having died since the institution of the action, and there being no other living witness of the fact, the statement made by him to his master, the defendant, in explanation of what had happened, is admissible as evidence, when coming from the lips of the defendant himself. (3.) Where there is absolute proof of injuries resulting from a chemical explosion upon defendant's premises, and the only witness is dead, the supplementary oath may properly be administered to the plaintiff. *Lyons & Laskey*, 5.

— *See* CARRIER, 224, 292.

— *See* NEGLIGENCE, 340.

RIPARIAN OWNERS.

See SERVITUDE, 167.

SALE.

Promise of sale not accepted until after insolvency of promissor.] *See* INSOLVENCY, 461.

SALE BY LICITATION. *See* PARTNERSHIP, 384.

SALE OF REAL ESTATE.

Fraud and simulation.] *See* FRAUD, 216.

SEIGNIORIAL LAW. *See* SERVITUDE, 167.

SERVITUDE.

Moulin banal — Obligation of riparian owners.] (1.) The *droit de banalité* under the old law was a servitude which imposed on riparian owners the obligation of permitting on their lands the construction of the dam (*chaussée*) necessary for the working of a *moulin banal* of the seigniory; and when the seigniorial tenure was abolished, the seignior remained sole owner of the mill and the dam. (2.) While every riparian owner has the right to use the water of a stream adjoining his land, on condition of returning it to the stream at its exit from the land, he is not entitled to draw off water from a dam belonging to another, for irrigation or manufacturing purposes. *Archambault & Poitras*, 167.

SHIP.

See CARRIER, 224.

SIGNIFICATION OF TRANSFER. *See* TRANSFER OF DEBT, 151.

SLANDER. *See* LIBEL AND SLANDER.

SPECIAL ASSESSMENT.

See TAX, 20.

STREET RAILWAY. *See* NEGLIGENCE, 340.

SUBSTITUTION. *See* EXECUTOR, 364.

TAX.

Exemption from taxes—Church—Special Assessment—38 *Vict.* (*Q.*) *ch.* 73, *s.* 3.] (Affirming the judgment of TELLIER, J., M.L.R., 4 S.C. 13), The Statute 38 Vict. (Q.) c. 73, s. 3, exempting churches, parsonages and bishops' palaces from "all taxes," includes exemption from special assessments for local improvements. *City of Montreal & Rector, etc., of Christ Church Cathedral*, 20.

TRANSFER OF DEBT.

Signification.] Service of action is not equivalent to signification of the transfer on which the action is based, and which is alleged in the declaration; and a transferee has no right of action against the debtor before signification of a transfer not accepted by him. *Prowse & Nicholson*, 151.

TRUST.

Shares subscribed for by mandatary "in trust"—Necessity of acceptance or ratification by the cestui que trust.] (CROSS and CHURCH, JJ., *diss.*). A complete and valid investment in trust cannot be created until the same has been accepted or ratified by the *cestui que trust*, or some one duly authorized in his behalf; and until so accepted, such investment may be revoked by the person who made it. And so, where the father of a minor, who was not her tutor, invested monies belonging to her in shares of a joint stock company, "in trust," and afterwards sold the same, and invested the proceeds otherwise, it was held that no valid trust having been created for want of acceptance in behalf of the minor, her tutor (subsequently appointed) had no right to recover such shares

TRUST—*Continued.*

from the purchaser, who had bought them in good faith and paid full value: and in the circumstances, there being no valid trust, the question whether the purchaser had notice of a supposed trust was immaterial.—*Sweeney* v. *Bank of Montreal*, 12 Can. S. C. R. 661, (in Privy Council) 10 Leg. News, 250; L. R., 12 App. Cas. 617, distinguished. *Raphael & Macfarlane*, 273.

TUTOR AND MINOR.

Loan to minor—Arts. 297, 298, *C.C.*] A person lending money to a minor is bound at his peril to see that the authorization to borrow is regular on the face of it; and where no proper summary account was submitted by the tutor, as required by Art. 297, C.C., and the sub-tutor was moreover the agent and son of the lender, and was bound to know that in fact the loan was not required by the minor, but was being improperly obtained by the tutor for his own purposes, the obligation so given was held null and void. *Kerr & Davis*, 156.

—— *Release and discharge by minor on attaininy age of majority—Prescription—C.C.* 2258.] Where a minor on attaining the age of majority, gives her tutrix a release and discharge from all claims arising from her administration as tutrix, the action of the minor for an account of the tutorship is prescribed by the lapse of ten years from the date of such discharge; and this rule was held to apply where the discharge was not given immediately and expressly to the tutrix, but to the trustees in whom the estate had been vested by the tutrix on her second marriage, the minor (then of age), however, declaring that she had received her share, and that she discharged the trustees and all others from all further accountability, and in a letter to the tutrix, fifteen years afterwards, expressly disclaimed any intention of disturbing the settlement. *Watt & Fraser*, 307.

USUFRUCTUARY LEGATEE. *See* LEGATEE, 247.

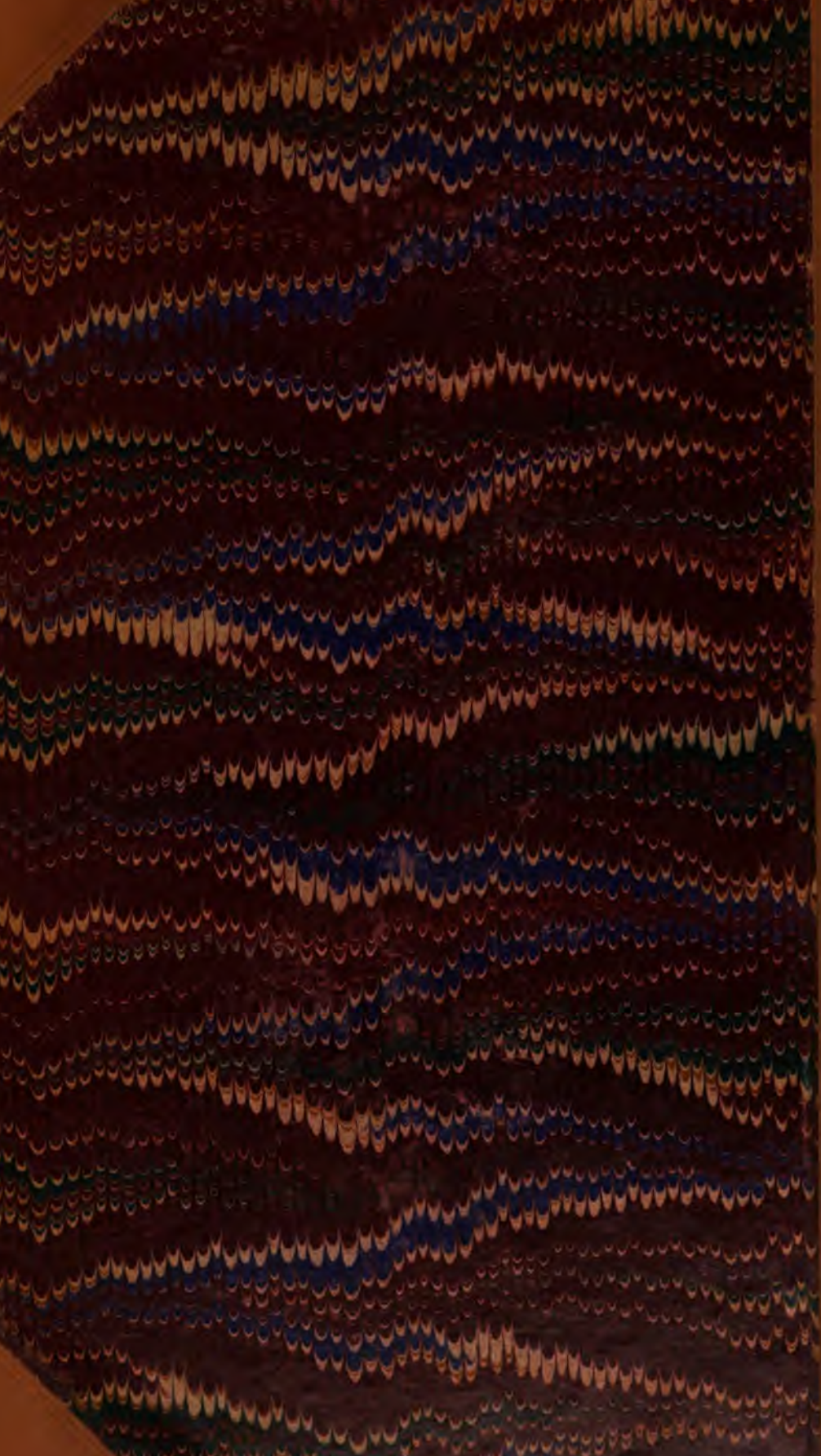
VENDOR AND PURCHASER. *See* SALE.

VIOLENCE AND FEAR.

Nullity of obligation.] *See* OBLIGATION, 156.

WILL.

See LEGATEE, 247; EXECUTOR, 364.

WINDING UP ACT. *See* INSOLVENCY, 407.

Stanford Law Library
3 6105 062 599 746